وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الحاج لخضر – باتنة –

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم العلوم القانونية

نطاق الضمان العشري للمشيديـــــــــــــــــــــن

– دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري و الفرنسي –

بحث لنيل شهادة دكتوراه العلوم فرع قانون الأعمال

من إعداد الطالبة:

بن عبد القادر زهرة

تحت إشراف الأستاذ :

الدكتور : بنيني أحمد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور : نواصر العايش ، جامعة باتنة . رئيســـــــــــا

الدكتـــــــــور : بنيني ..... جامعة باتنة . مشرفا و مقـــررا

الأستاذ الدكتور : بريكي لحبيب ، المركز الجامعي أم البواقي. عـــضوا مناقـــشا

الأستاذ الدكتور : مانع جمال عبد الناصر ، جامعة عنابة . عضوا مناقـــــشا

الأستاذ الدكتور : بوفليح سالم ، جامعة المسيلة . عضوا مناقـــــشا

السنة الدراسية 2009/2008

Abréviation
شرح لأهم المختصرات

(A)

A.J.P.I : Actualité juridique, propriété immobilière.
A.F.O.R : Association française de normalisation.

(B)

Bult : Bulletin des arrêts de la cour de cassation.
Bult. Civ : Bulletin des arrêts de la cour de cassation. Chambre civile.

(C)

Cass : Arrêt de la cour de cassation de France.
Cass.Civ : Arrêt de la cour de cassation. Chambre civile.
C.C.A.G : Cahier des clauses administratives général.
C.E : Arrêt de conseil d'état.
C.J.E.G : cahier juridique d'électricité et gaz de France .
Chr: Chronique.

(D)

D ou Dall : Receil Dalloz.
D.P : Dalloz périodique.
D.S : Receil dalloz
Droit adm : Droit administratif .

(G)

G.P : Gazette du palais.

(I)

Ibid: Ibidem

(J)

J.C.P : Juris – classeur périodique.
J.C. res. Ad : Juris – classeur de la responsabilité administrative.
J.O : Journal officiel.
J.O.Deb.AN : Journal officiel débats assemblée nationale.

(L)

Lebon ou Rec leb : recueil des arrêt du conseil d'état. (Recueil lebon) .

(M)

M.T.P : Moniteur des travaux publics et du bâtiment .

(O)

Obs : Observation.
Op.Cit : ouvrage précité.

(R)

Rec : Recueil**.**
Rev : Revu**.**
R.D.Ad : Revue droit administratif**.**
REV.D.Imm : Revue droit immobilier.
R. D.Pub : Revue droit public.
R. D et v : Revue droit et ville.
R.T.D.C : Revue trimestrielle de droit civil.
R.T.D.I (IMM) : Revue trimestrielle de droit immobilier.

(S)

S : Recueil général des lois et arrêt de sirey.
Somm : Sommaire**.**

(T)

T. : Tome**.**
Trib : Tribunal.

(V)

V. : Voyez.
Vol : Volume**.**

<u>**مقدمـــــــــــــــــة**</u>

في كل مرة كانت بلادنا تتعرض لكارثة زلزال، نصطدم بحجم الخسائر المادية و البشرية لدرجة تجعل كل واحد منا – و لو كان مواطنا عاديا – يقف و العديد من الأسئلة تطرح في ذهنه، حول المتسبب الرئيسي – غير الزلزال – في حجم هده الكوارث. و أبسط مثال على ذلك ، ما خلفه زلزال بومرداس من خسائر مادية و بشرية ، كشفت تقارير الخبرة أنها ما كانت لتكون بهذا الحجم لو أقيمت البناءات وفقا للمقاييس المنصوص عليها قانونا .

و حتى بعيدا عن الكوارث الطبيعية ، فإن إجراء معاينة ميدانية للعديد من أحيائنا السكنية ، تجعلنا نقف على مدى هشاشتها و ابتعادها الكلي عن معايير البناء المعمول بها ، و هو ما يجعلها عرضة للانهيار بعد وقت ليس بالطويل من استلامها أو تصدعها قبل أن يكون قد تم تسلمها أو بعد ذلك التسليم بوقت قصير .

حتى منشآتنا الأخرى ، من طرق و جسور ، و سدود ، و ملاعب رياضية ، تنفق الملايير لإقامتها ، لنجد أنفسنا أمام منشآت إما مخربة ، أو غير صالحة بتاتا لتأدية وظائفها .

و الجزائر ، ليست وحدها من عانى من هذه الظاهرة ، ذلك أن من أعقد المشكلات التي أتى بها هذا العصر ، هي مشكلة حصول الإنسان على المسكن الملائم ، الذي يجد فيه سكينته ، و يحفظ آدميته ، فلقد غدا الحصول على مثل هذا المسكن مطلبا عسير المنال ، صعب التحقيق ، بعد أن اختل التوازن بين العرض و الطلب في هذا المجال ، بسبب الزيادة الهائلة في عدد السكان ، التي لم تواكبها زيادة مماثلة ، فيما يشيد من مساكن و يقام من منشآت يستلزمها هذا العدد .

و النتيجة المنطقية لكل ذلك، هي اتجاه الاستثمارات الكبيرة إلى هذا المجال من النشاط، إشباعا للحاجات البشرية الضرورية للسكن و المرافق، و تحقيقا للمكاسب المادية الكبيرة و السريعة أيضا، و هو ما نتج عنه تطوير الأساليب المستعملة و إقحام الصناعة في فن البناء ، فظهرت في الميدان الأجزاء من المباني بل و المباني سابقة التصنيع، و عظم شأن المنشآت الثابتة الأخرى من جسور و أنفاق و سدود و جسور و طرق و غيرها.

هذه الأهمية ، و التطور في الكم و الكيف ، و الامتداد الرأسي و الأفقي ، و ما أصبحت تمثله قيمة ما يشيد من مبان و منشآت ثابتة أخرى من أهميـــة بالنـــسبة للاقتصاد ،و يقع من انتهاك لقيمتها بسبب التهـــدمات الكليـــة أو الجزئيـــة و عـــدم الصلاحية ، جعل مسؤولية كل مشيد تتسم بنوع من التشدد منذ زمـــن بعيـــد (1) ، فظهرت المسؤولية العشرية أو الضمان العشري (2) كالتزام جديد يقع على عـــاتق المهندس المعماري و مقاول البناء بالإضافة إلى مسؤوليتهما العقدية و التقصيرية .

و استمر المشرعون في الاهتمام بهذا النوع من الضمان ، كما تناولوه بالتعـــديل و التنقيح تارة، و بالتغيير و الإضافة تارة أخرى ، و قد كان هذا هو حال المـــشرع الفرنسي ، الذي تدخل مرتين متتاليتين ، لم يفصل بينهما فاصل زمني كبير لأحكـــام هذا الضمان ، إذ تم الأول بالقانون رقم 03 لسنة 1967و الثاني بالقانون رقـــم 12 لسنة 1978 ، و بذلك غدا كل معماري في فرنسا يقوم بتشييد عمل مـــسؤولا عمـــا يحدث في هذا العمل من أضرار ، بالإضافة إلى إمكان مساءلته طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية أو التقصيرية إذا تحقق سبب أي منها . كما أن هاذين التعديلين أخذا في الحسبان التطور الحاصل في ميدان البناء و ما يجره من مفـــاهيم جديـــدة تخص هذا الموضوع .

و قد كان للفقه و القضاء أثر بالغ في تدخل المـــشرع الفرنـــسي لإحـــداث هـــذين التعديلين.

و إن كان الأمر كذلك بالنسبة للمشرع الفرنسي ، فنظيره الجزائري و إن لـــم يكـــن بمعزل عن كل ذلك ، ولم يكتف بإخضاع المهندس المعماري و المقاول في هذا

01- فيطالعنا قانون حامورابي على – سبيل المثال – بعقوبة الموت جزاء لمن تولى تشييد المبنى الذي انهـــار فقتل مالكه ، فإذا كان ضحية هذا الإنهيار هو ابن صاحب البناء ، حق الموت على ولد هذا الباني – أنظر فـــي ذلك : زناتي محمود سلام : ترجمة قانون حامورابي ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، عدد يناير 1971.

02- و قد فضلنا إستعمال مصطلح " الضمان " ، و ذلك بالنظر إلى المدة التي تظل خلالها مسؤولية المهنـــدس المعماري و المقاول و غيرهما من المشيدين قائمة عما يحدث في المباني و المنشآت الثابتة من تهـــدم أو عمـــا يظهر فيها من عيوب ، يترتي عليها تهديد متانتها و صلابتها . أنظر في ذلك : رسالة الماجستير المنجـــزة مـــن طرفنا تحت عنوان (الضمان العشري للمشيدين في التشريع لجزائري)، كلية الحقـــوق و العلـــوم الـــسياسية ، جامعة باتنة ،2004، ص 02 .

الميدان المهني ، للقواعد العامة من مسؤولية تعاقدية و تقصيرية ، شأنهما في ذلك شأن غيرهما من سائر المهنيين الآخرين ، بل أخضع مسؤوليتهما كذلك لقواعد أخرى خاصة بهما وحدهما ألا و هي و هي المسؤولية العشرية او الضمان العشري، مقتفيا بذلك أثر التقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 ، و اشترط لتطبيقها توافر شروط خاصة تولى بيانها على وجه التحديد بموجب المادة 554 و ما بعدها من القانون المدني ، و رغم ما عرفه مجال تشييد المباني و المنشآت الثابتة من تطور و تغير ، قلب هذا المجال رأسا على عقب ، إلا أن مشرعنا ظل محتفظا بهذا الضمان في صورته التقليدية ، و إن حاول تطويره في بعض الإصلاحات التي حدثت بموجب تشريعات خاصة لم تكن في حد ذاتها تستهدف هذا النوع من الضمان،كما هو الأمر بالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم : 95-414 المؤرخ في : 09-12-1995 و المتعلق بإلزامية التأمين في مجال البناء و مسؤولية المتدخلين المهنية ، و القانون رقم : 86-07 المؤرخ في 04-03-1986 و المتعلق بالترقية العقارية ، المرسوم التشريعي رقم : 93-03 المؤرخ في : 01-03-1993 المتعلق بالنشاط العقاري ، و التي بموجبها حاول المشرع الجزائري ان يمد في النطاق الشخصي لهذا الضمان العشري ليشمل بعض المساهمين الآخرين في عملية التشييد بالإضافة إلى المهندس المعماري و مقاول البناء،كما حاول ان يمد في نطاقها الموضوعي كما فعل نظيره الفرنسي .

أسباب اختيار الموضوع : إن هناك أسباب ذاتية و أخرى موضوعية دفعتنا لاختيار هذا الموضوع ، و بيانها :

الأسباب الذاتية : إن اختياري لنطاق الضمان العشري للمشيدين كموضوع للبحث في رسالة الدكتوراه هاته ، لم يكن نتيجة صدفة او فكرة عابرة ، ذلك انه منذ صغري كان يحز في نفسي ما أراه في مبانينا و منشآتنا الثابتة الأخرى من تصدعات و تهدمات و عدم صلاحية ، فتتبادر الأسئلة إلى ذهني حول المتسبب في كل هذا ، و أسباب عدم مساءلته .

و عند دراستي الحقوق و قع نظري على نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري التي تتكلم عن الضمان العشري للمهندس المعماري و مقاول البناء ، و ظننت أني وجدت الإجابة لكل تساؤلاتي . و عندما أكرمني الله بالدراسات العليا قررت أن يكون هذا الموضوع محل بحث في رسالة الماجستير فكان لي ذلك بموجب رسالتي المعنونة بـ" الضمان العشري للمشيدين في التشريع الجزائري " ، المناقشة سنة 2004 بكلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة باتنة . و بعد إنجاز هذه الرسالة ، زادت قناعتي بضرورة البحث أكثر في هذا الموضوع ، لما وقفت عليه من مسائل قانونية ومواطن خلل تحتاج الوقوف عليها ببحثها و سدها باقتراح الحلول و البدائل ، خاصة أمام الثورة العقارية التي تعرفها بلادنا .

<u>الأسباب الموضوعية :</u>

من خلال رسالة الماجستير المنجزة من طرفنا –سالفة الذكر– وقفت أيضا على ندرة الدراسات المتخصصة التي تتناول هذا الموضوع ، بالرغم من أهميته حاضرا و مستقبلا لتعلقه التي تشكل البنية التحتمية لهذا المجتمع .

إذ لم نعثر على المستوى الوطني إلا على رسالة ماجستير واحدة ، أنجزت من طرف الأستاذ : عياشي شعبان بكلية الحقوق جامعة قسنطينة ، تحت عنوان " المسؤولية العشرية لمهندسي و مقاولي البناء في القانون المدني الجزائري – دراسة مقارنة بين التشريع المدني الجزائري ، المصري و الفرنسي – " ، سنة 1988 .

و لا يختلف الأمر بالنسبة لقضائنا ، فعند بحثنا على مستوى قرارات المحكمة العليا و مجلس الدولة لم نجد من قراراتهما ما يتطرق لموضوع الضمان العشري .

و لعل مشرعنا و فقهنا لهما بعض العذر في ذلك ، فبالنسبة لمشرعنا ، فلعل عذره في ذلك ، حداثة تشريعنا المدني بالنسبة للمجموعة المدنية الفرنسية ، و حداثة عهدنا بالتطور العلمي و التكنولوجي ، في مجال التشييد و البناء ، و تصنيع هذا المجال ، إلى غير ذلك ، مما أثار الكثير من المشاكل و دفع إلى ضرورة إعادة النظر في أحكام الضمان العشري على مستوى التشريع الفرنسي .

أما بالنسبة لفقهائنا و باحثينا ، فلعل عذرهم في ذلك ، انعدام المشاكل العملية التي تستدعي تطبيق أحكام هذا الضمان ، ليس لعدم وقوعها فعلا ، و إنما لعدم تحريك الدعاوى الخاصة بها من طرف الجهات المختصة أمام القضاء ، خاصة و أن الدولة كانت هي رب العمل ، أي صاحبة أهم المنجزات في ميدان البناء و المنشآت الثابتة الأخرى ، من جهة ، و القائم بإنجاز هذه المباني و المنشآت الثابتة الأخرى من جهة ثانية ، و ذلك في ظل النظام الاشتراكي الذي اتخذته منهاجا لها في ذلك الوقت .

و أمام كل ذلك، ستغيب حتما الإشكاليات القانونية التي تظهر مع أحكام و قرارات القضاء، و التي بدورها تشكل مرتعا خصبا للتحليل و النقاش الفقهي.

غير أن المستقبل يعد بغير ذلك ، و هو ما يتطلب منا كباحثين ضرورة البحث أكثر في هذا الموضوع ، و التعمق فيه للمساهمة لو بجزء بسيط في بناء المنظومة القانونية التي تمكن من الحفاظ على منجزاتنا العقارية التي تشكل جزءا من حياة كل مواطن ، و البنية القاعدية لازدهار هذا الوطن .

أهمية الموضوع :

بعد فتح المجال في الاستثمار أمام الخواص الوطنيين منهم و الأجانب ، و أمام الكم الهائل من السكنات و المنشآت العقارية التي أنجزت في العشرية الماضية و ستنجز– بإذن الله – في العشرية القادمة ، و التي كلفت خزينة الدولة المليارات من الدولارات ، و تشكل ثروة لنا في الحاضر و لأجيالنا مستقبلا ، أصبح موضوع الضمان العشري للمشيدين يستحق منا كباحثين و مختصين دراسات اكثر عمقا و تخصصا .

و قد تمكنت من خلال رسالة الماجستير من الوقوف على الجانب الحركي في هذا الموضوع، و الذي أثار إشكاليات كثيرة على المستوى الفرنسي لتعلقه بالشروط الموضوعية للضمان و قائمة الأشخاص الدائنين و المدينين بأحكامه ، تصدى لها الفقه و القضاء بجرأة و فعالية كبيرة ، دفعت المشرع الفرنسي إلى التدخل لتعديلها

بما يناسب التطورات الحاصلة ، إلى أن استقرت أحكامها بصدور القانون رقم 12 لسنة 1978 .

و يعرف نطاق الضمان العشري أيضا بعض الحركية على مستوى تـشريعنا مـن خلال بعض القوانين المتفرقة، و إن كان بدرجة أقل عن تلك التـي عرفهـا علـى المستوى الفرنسي.

و إيمانا منا بان البحث في رسائل الدكتوراه يمتد عموديا لا أفقيا ، آثرت ان أختزل موضوع هذه الدراسة على " نطاق الضمان العشري للمشيدين " ،علني أتمكن من التعمق في هذا الموضوع للخروج بنتائج تفيد مشرعنا و باحثينا ،و ذلك من خلال ضبط الشروط الموضوعية او النطاق الموضوعي للضمان العشري ، بشكل يمكننا من حماية منجزاتنا العقارية ، و بالمقابل لذلك ضبط قائمة المدينين بهذه الأحكام و المستفيدين منها ، بشكل يمكننا من توزيع هذا الإلتزام و تحميله لكل من ساهم في وقوع تهدم المباني و المنشآت الثابتة أو تعيبها ، بشكل يحقق المساواة في تحمل المسؤولية ، و بالمقابل توفير الحماية لكل مستفيد من هذه المنجزات العقارية بغض النظر عن صفته .

و يسلط هذا البحث أشعته على القواعد القانونية التي تحكم نطاق الضمان العشري، في التشريعين الجزائري و الفرنسي، و مسألة البحث عن الحماية القانونية لما يقـام من منجزات عقارية، و من هنا تبدو أهميته البالغة.

<u>تحديد الإشكالية :</u>

و سنحاول من خلال بحثنا هذا الإجابة على الإشكالية التالية:

إلى أي مدى حقق المشرع الجزائري مقارنة بنظيره الفرنسي من خـلال ضـبطه لأحكام الضمان العشري الحماية القانونية للمنجزات العقارية ولرب العمل و المجتمع ككل ؟

و يتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات :

-هل الشروط الموضوعية للضمان العشري التي تبناها المشرع الجزائري مقارنــة بنظيره الفرنسي ، كافية في زمان التطور التكنولوجي الرهيب في الوسائل المستعملة في مجال البناء ،لتوفير الحماية القانونية للمباني و المنشآت الثابتة الاخرى ؟ .

- و هل استطاع المشرع الجزائري مقارنة بنظيره الفرنسي ضبط قائمة المتــدخلين في عملية التشييد ، و تحقيق المساواة في توزيع الالتزام بأحكام هذا الضمان بتحميله لكل مسؤول متدخل في عملية التشييد ؟ .

منهج الدراسة :

إن طبيعة الموضوع المعالج في هذه الدراسة اقتضت الاعتماد على مجموعة من المناهج ، بدأنها بالمنهج الوصفي الذي يهتم بالحقائق العلمية و بصفتها كما هي ، ثم يمتد إلى تفسيرها ، ثم المنهج التحليلي الذي يعتمد على عرض المشكلة و موقف الفقه و القضاء بشأنها مع المقارنة بالتشريع الفرنسي موضحا ما بينهما مــن أوجــه اتفاق و اختلاف .

و في نهاية الدراسة استخدمت المنهج القيمي الذي يهدف إلى وضع الأشــياء كمــا يجب أن تكون وفقا للتوجه الذي نرى بأنه الأصوب .

و بناء على كل ما سبق، و طبقا لهذا المنهج الذي خططناه ، كي تتم الدراسة على أساسه ، و تسير على منواله ، ارتأينا معالجة هذا الموضــوع فــي فــصلين مستقلين طبقا للخطة الآتي بيانها :

الفصل الأول: النطاق الموضوعي للضمان العشري.

الفصل الثاني: النطاق الشخصي للضمان العشــري.

الفصل الأول

النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري

تطبيق أحكام الضمان العشري للمشيدين مرتبط بعدة شروط و معايير ، هذه الأخيرة تشكل الجدار الفاصل و المميز لهذا الضمان عن غيره من المسؤوليات الأخرى .

و لما كان عقد المقاولة ، الأساس الذي يقوم على وجوده الضمان العشري ، ارتأينا تناول مفهومه ، بتعريفه و بيان خصائصه ، مع تمييزه عن غيره من العقود الأخرى المشابهة له ، و بيان الأعمال التي يمكن أن تكون محلا له .

غير أن الأمر هنا، يتعلق بعقد مقاولة بشروط خاصة، سواء من حيث أطرافه، أو الأعمال التي تشكل محلا له، و هو ما يتطلب منا الوقوف عليه ، بالشرح و التعليق ، اعتمادا على ما جاء به المشرعين ، الجزائري و الفرنسي ، و ما استقر عليه الفقه و الاجتهاد القضائي .

إضافة إلى ما سبق ، فيما يتعلق بتحديد النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري ، فإن هذا الأخير يستلزم تحديد الأضرار التي يشملها هذا الضمان ، و ذلك ببيان الشروط الواجب توافرها بها ، و التي تشكل فاصلا بينها و بين غيرها من الأضرار التي تخرج عن النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري ، لتدخل تحت طائلة غيره من المسؤوليات الأخرى .

و تبسيطا للعرض ، و توخيا للقصد ، ارتأينا معالجة هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين :

<u>**المبحث الأول**</u>:ضرورة وجود عقد مقاولة لتطبيق احكام الضمان العشري.

<u>**المبحث الثاني**</u>: ضرورة وجود أضرار تدعو للضمان العشري.

المبحث الأول

ضرورة وجود عقد مقاولة لتطبيق أحكام الضمان العشري

بالرجوع إلى نص المادة 554 من التقنين المدني الجزائري، لا نجد ما يقضي بضرورة ارتباط الشخص المرغوب في الرجوع عليه، بعقد مقاولة، مع رب العمل لتطبيق احكام الضمان العشري ، كما أن عدم طرح مسألة الضمان العشري كنزاع أمام الجهات القضائية الجزائرية، أدى إلى عدم وجود أي اجتهاد قضائي يمكن الاستناد إليه في هذا الصدد (1) . و لا يختلف الأمر بالنسبة للفقه الذي لم يتناول مسألة الضمان العشري بالدراسة و التحليل .

و مع ذلك يمكننا أن نقول أن عقد المقاولة يعتبر شرطا ضروريا لإمكانية الرجوع بأحكام الضمان العشري على مستوى التشريع الجزائري، و سندنا في ذلك:

أن أحكام المادة 554 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري ، و المتعلقة بأحكام الضمان العشري تتموقع في القسم الأول المعنون بالتزامات المقاول ، من الفصل الأول تحت عنوان " عقد المقاولة " ، من الباب التاسع الذي جاء بأحكام العقود الواردة على العمل، و هو ما يستخلص منه بأن عقد المقاولة يعتبر أساسا لوجود و تحقق الضمان العشري (2).

01-عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة لأحكام القضاء المصري ، الذي استقر منذ زمن طويل على ضرورة ارتباط كل من المقاول و المهندس المعماري بعقد مقاولة مع رب العمل ، انظر في ذلك :نقض مدني مصري في الطعن رقم : 241 بتاريخ : 1975/05/21 ، أشار إليه د : عبد الرازق حسين ياسين ، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء (شروطها -نطاق تطبيقها – و الضمانات المستحدثة فيها ، دراسة مقارنة بين التشريعين المصري و الفرنسي ، جامعة أسيوط ، 1987 ، ص 76 ، حيث قررت محكمة النقض : " إن ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء أو للعيوب التي تهدد سلامته ، أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين 651 و 652 (554 و 555 مدني جزائري) فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر ، فإذا تخلف عقد المقاولة فلا يلزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان ،و تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية)

02 – أنظر في ذلك : رسالة الماجستير المنجز من طرفنا بعنوان (الضمان العشري للمشيدين في التشريع الجزائري ، كلية الحقوق ،جامعة باتنة ، سنة 2005 ، ص 49 و 51 .

كما أنه بالرجوع إلى القانون رقم 07/80 المؤرخ في : 1980/05/09 المتعلق بالتأمينات نجد أن المادة 94 منه كانت تقضي بما يلي : " يجب على المهندسين المعماريين و المقاولين و الأشخاص الآخرين المرتبطين بصاحب العمل بموجب عقد أشغال ، أن يؤمنوا من العواقب المالية و مسؤوليتهم المهنية " .

أما على مستوى التشريع الفرنسي، فإن المسألة أكثر وضوحا و دقة، و بالرجوع إلى المادة 01/1792 المعدلة بالقانون رقم:12 لسنة 1978 الصادر في 04 يناير 1978، نجد أنها تقضي بما يلي: "يعتبر معماريا في مفهوم هذا القانون:

01- كل مهندس معماري أو مقاول أو فني، أو أي شخص آخر يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة (1).

و هو ما استقرت عليه أيضا أحكام القضاء الفرنسي (2) منذ زمن طويل و أيدها الفقه في ذلك (3).

غير أن القانون الفرنسي ، جاء باستثناء على هذه القاعدة العامة ، التي تشترط ضرورة وجود عقد مقاولة ، حيث أجاز تطبيق أحكام الضمان العشري على أشخاص غير مرتبطين بعقد مقاولة مع رب العمل ، و ذلك ضمن شروط خاصة سيأتي دراستها في مكانها من البحث (4).

01- Art .1792 -1 (L.78-12,4 Jan.1978) : (Est réputé constructeur de l'ouvrage
1- Tout architecte , entrepreneur , technicien ou autre personne lié au maître :
de l'ouvrage par un contrat de l'ouage d'ouvrage…."

02- En ce sens:Cass.civ.09/03/1964.Bult1964-1.n148.p04 ; Cass.civ.17/03/1975, Bult 1975 -3, n 102, p77.

حيث قضى بموجب هدا القرار الأخير، برفض تطبيق الضمان العشري الوارد في المادتين 1792 -2270 على المهندس المعماري الذي قدم لرب العمل مشورة فنية مجانا، فيما يتعلق بطبيعة التربة المراد إقامة البناء عليها دون أن يثبت وجود عقد مقاولة.

03 - Planiol et Ripert : traité pratique de droit civil français, T.11, par Boulangier, 3 éd-1949, p 195.

04 – كما هو الشأن بالنسبة لبائع العقار، الصانع و غيرهم، أنظر فيما بعد، ص 166: 203 من هذا البحث .

و إن كان عقد المقاولة يعتبر ضروريا لتطبيق أحكام الضمان العشري ، غير أن المقصود في هذا الشأن هو ذلك العقد المبرم بين رب العمل و المشيد و الذي يرد محله على إقامة مباني أو أية منشآت ثابتة أخرى ، دون غيره من عقود المقاولة الأخرى ، و هو ما يتطلب منا بيان خصائصة و مميزاته. لذلك، و حتى تتضح الرؤيا، ارتأينا تناول هذا المبحث في مطلبين، يخصص الأول لمفهوم عقد المقاولة ، أما الثاني فيتناول شروط عقد المقاولة الخاص بالضمان العشري .

المطلب الأول : مفهوم عقد المقاولة

و على اعتبار أن عقد المقاولة يعتبر ضروريا لتطبيق أحكام الضمان العشري (1)، على مستوى التشريعين الجزائري و الفرنسي، نتعرض لمفهومه و لو بشيء من الإيجاز، و ذلك بتعريفه و بيان خصائصه، مع تمييزه عن بعض العقود المشابهة له ،و بيان الأعمال التي يمكن أن تكون محلا له .

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة و بيان خصائصه:

سنحاول من خلال هذا الفرع تعريف عقد المقاولة و بيان خصائصه التي تميزه، و ذلك كما يلي:

أولا: تعريف عقد المقاولة:

عرفت المادة 549 من التقنين المدني الجزائري عقد المقاولة ، بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر (2).

أما القانون المدني الفرنسي، فلم يعرف حتى الآن عقد المقاولة بهذا الاسم Contrat d'entrepriseإنما عرفه باعتباره نوعا من إجارة الأعمال L'ouage d'ouvrage(3).

و الملاحظ على هذا التعريف التشريعي – سواء في القانون المدني الجزائري

01- فلا يجوز الرجوع بمقتضى هذا النظام ، إذا تبين أن العقد عقد وكالة أو عقد بيع ، غير أنه في الحالة الأخيرة يجوز ذلك في التشريع الفرنسي ، أنظر فيما بعد ص 162 من هذا البحث .

02- و يتطابق هذا النص مع أحكام المادة 640 من القانون المدني المصري .

03- صدر قانون نابليون عام 1804 متأثرا إلى حد كبير بالقانون الروماني فأبقى عقد المقاولة مختلطا بعقدي الإيجار و العمل ، كما كان عليه الحال في القانون الروماني و القانون الفرنسي القديم ، فتحت عنوان عقد الإيجار Contrat de louage نصت المادة 1708 على أنه يوجد نوعان من عقود الإيجار : إيجار الأشياء و إيجار الأعمال . Louage des choses et louage des ouvrages

كما نص في المادة 1779 منه، تحت عنوان إيجار الأعمال و الصنائع على أن إيجار الأعمال يشمل: إيجار الأشخاص louage de gens و إيجار الناقلين voituriers، و إيجار مقاولي الأعمال entreprise d'ouvrage.

أو القانون المدني الفرنسي – أنه غير جامع لكل خصائص المعرف، إذ يمكن أن يتبادر إلى الذهن الخلط بينه و بين عقد العمل، إذ العامل في هذا الأخير يؤدي أيضا عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر(1) .

و بالرجوع إلى الفقه ، نجد الأستاذ عبد الرازق حسين ياسين (2) ، عرفها بأنها : "عقد يتعهد طرف فيه بصنع شيء أو أداء عمل لحساب الطرف الآخر لقاء أجر و مستقل في إدارته و إشرافه " ، و كذلك عرفه الأساتذة (هـ . ل.ج) مازو و جيجلار بأنه " ذلك العقد الذي عن طريقه يتعهد شخص يقال له المقاول أو مؤجر العمل في مواجهة شخص آخر ، يقال له رب العمل أو العميل ، بأن ينفذ له عملا مقابل أجر ، مستقلا عنه ، و دون أن تكون له صفة تمثيلية (3).

و يبدو أن هذه التعاريف الفقهية أكثر دقة و أقرب من الصواب منها من تلك التي جاء بها المشرعين ، الجزائري و الفرنسي بموجب المادتين 549 و 1710 على التوالي ، و ذلك لبروز خاصية استقلالية المقاول عن رب العمل ، في تنفيذه لعقد المقاولة ، في التعاريف الفقهية ، هذه الخاصية هي أهم ما يميز عقد المقاولة كما سنوضحه في حينه (4) .

ثانيا: خصائص عقد المقاولة :

من التعاريف الفقهية التي أقررنا بقربها من الصواب أكثر من التشريعين ، الجزائري و الفرنسي ، يمكننا استخلاص خصائص عقد المقاولة ،و ذلك كالتالي :

01- و هو ما سبق و أن أشرنا إليه في رسالة الماجستير المنجزة من طرفنا سالفة الذكر ، ص 50 و 51 .

02-د . عبد الرازق حسين ياسين : المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء (شروطها – نطاق تطبيقها – الدراسات المستحدثة فيها) ، دراسة مقارنة في القانون المدني ، ص 84 ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، الطبعة الأولى ، 1987 .

03 - V. mazeaud (H, L et Y) : Leçon de droit civil .T .3. Vol 1.05 éd, 1980 .par JUGLART. p. 743

" Le contrat d'entreprise est le contrat par lequel une personne , l'entrepreneur ou locateur , s'engage envers une autre , le maître ou client à exécuter contre rémunération un travail indépendant et sans le représenter."

03 – أنظر ، رسالتنا للماجستير سالفة الذكر ، ص 51 .

04- و انظر في خاصية الاستقلالية ، فيما بعد ص 19 من هذا البحث .

01- الرضائية : المقاولة عقد رضـــائي (1) ، فالمـــشرعين الجزائـــري و الفرنسي لا يشترطان لانعقاده شكلا معينا .

و الكتابة هنا ليست لإيجاد هذا العقد بل لإثباته فقط ، متى كانت ضرورية لهذا الإثبات (2) .و يقع عبء إثبات وجود هذا العقد على عاتق المدعي، بحيث يتعين الإثبات بالكتابة، إذا لم يكن المدعي تاجرا، و زادت قيمة الالتزام عن مئة ألف دينار (3).

و إن كانت المادة 549 مدني جزائري تظهر رضائية عقد المقاولـــة ، فـــإن المادة 561 من نفس القانون تؤكد أكثر هذه الرضائية ، بعد إجازتها للمقاول – في حالة ما إذا أبرم العقد بأجر إجمالي – المطالبة بأية زيادة في الأجر ، و لو حـــدث في التصميم المتفق عليه تعديل أو إضافة ،ما لم يكن هناك اتفاق كتابي على ذلـــك ، شريطة أن لا يكون العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة .

02- التبادلية : عقد المقاولة عقد تبادلي ملزم للجانبين ، إذ ينجر على انعقاده التزامات تقع على عاتق طرفيه ، فيتعهد المقاول أن يصنع شيئا أو يؤدي عمـــلا ، لقاء أجر معلوم يتعهد به صاحب العمل (4).

03- المعاوضة : كلا الطرفين يأخذ مقابلا لما يعطي ، فالمقاول لا يصنع الشيء أو يؤدي العمل المنوط به بنية التبرع ، بل مقابل أجر من رب العمل ، و هو شأن رب العمل الذي يعطي أجرا لقاء العمل المتفق عليه .

01- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود الواردة على العمل ، المقاولـــة ، الوكالة ، الوديعة و الحراسة ، ج 01 ، ط 03 ، بيروت ، لبنان ، 1998 ، ص 24 .

أنظر أيضا في الفقه الفرنسي : Maulaurie (Philippe): cour de droit civil , v.08, les contrats spéciaux , civil et comerciaut : vente – mandat , bail , contrat d'entreprise , échange. Ed. Pierre(y), paris, éd cuyas, 13éd, 1999, p 420.

Peter (P) : La responsabilité des constructeurs, 2 éd, paris, 1979, p29.

02 – و ذلك وفقا للمادة 333من القانون المدني الجزائري، المعدل بموجب القانون رقم:05-10المؤرخ في : 2005/07/20 .

03 – د. محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1962 ص 12 .

04 – و هو ما قضت به المادة 549 من القانون المدني الجزائري.

04- وروده على عمل مادي : إن محل عقد المقاولة هو عمل مادي و هو صنع شيء أو أداء عمل ، و هذا هو الغالب في عقد المقاولة ، و ما يميزه عن أكثر العقود مشابهة له ، و لا ينفي هذا القول ، أن يؤدي المقاول أو المهندس المعمـــاري أحيانا أعمالا ذهنية لازمة لأداء عمله ، كإجراء بعض العمليات ، أو أي تـــصرف قانوني ، كنقل ملكية المواد أو الأشياء التي يوردها ، و اللازمة لتنفيذ العمل ، إلـــى رب العمل بالتبعية للأداء الرئيسي في عقد المقاولة ، و هو ما يكون فـــي الغالـــب الأعم عملا ماديا (1) .

05-الاستقلالية:أما الخاصة الخامسة لعقد المقاولة، فهي استقلال المقاول في تنفيذه لعقد المقاولة عن أي سيطرة أو إشراف أو إدارة من جانب رب العمل (2).
و هذه الخاصية هي التي تميز عقد المقاولة عن عقـــدي العمـــل و الوكالـــة كمـــا سنوضحه في حينه (3).

الفرع الثاني: تمييز عقد المقاولة عما يشتبه به من عقود:

خصائص عقد المقاولة التي ذكرناها آنفا تجعله يتميز عن سائر العقود، و مع ذلك فقد يقع الالتباس بين عقد المقاولة و بعض العقود المشابهة له، فيدق التمييز، و تقوم ضرورة التفرقة، خاصة فيما يتعلق بعقد العمل، عقد البيع ، وعقد الوكالة ، و هو ما سنحاول تبيانه فيما سيأتي :

أولا : تمييز عقد المقاولة عن عقد العمل : لما كان عقد العمل لا يصلح أساسا للرجوع على العامل بالضمان العشري المنصوص عليه في المادة 554 من القانون المدني الجزائري ، المقابلة للمادتين 1792 و 2270 من القانون المدني الفرنسي ، جاءت الضرورة قبل الفصل في الموضوع،في تكييف العقد المطروح أمام القضاء ، لمعرفة ما إذا كان عقد مقاولة أم عقد عمل .

01- د .محمد لبيب شنب : المرجع السابق ، ص 13 .

02- د . شنب ، المرجع السابق ، ص 14 .

03-أنظر فيما بعد ، ص 19 : 33 .

و بعد تردد الفقه و القضاء لفترة طويلة من الزمن ، بين معايير عـــدة (1)، استقر رأيه الآن على اعتماد معيار التبعية القانونيـــة "Lien de subordination juridique" كأساس للتفرقة بين العقدين ، فبينما لا يقوم عقد العمل أساسا إلا على وجودها ، فإن عقد المقاولة لا يكون له وجود إلا عند انتفائها(2) .

و يقصد بالتبعية القانونية، هيمنة رب العمل أثناء تنفيذ العقــد علـــى نـــشاط العامل، فهي نوع من السلطة، يتمثل في ائتمان العامل بأوامر رب العمل،وخضوعه لإشرافه و ملاحظته ، و تعرضه للجزاءات التي يوقعها عليه إذا ما قصر في عمله

01- و قد ذهب رأي قديم إلى ان معميار التفرقة بين المقاولة و عقد العمل هو الطريقة التي يقدر الاجر على أساسها ، فإن قدر الاجر بحسب الوقت – كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو بحسب أية وحدة أخرى من الزمن – كان العقد عقد عمل . و عن قدر الاجر لا بحسب الوقت بل بحسب كمية الإنتاج ، كان العقد مقاولة . فيكون مقاولة العقد الذي يبرم مع الصانع على أن يأخذ أجره بحسب ما ينتجه من العمل ، نجارا كان الصانع أو حدادا أو نقاشا أو سباكا أو غير ذلك . و يكون مقاولة العقد الذي يبرم مع مقاول البناء على ان يأخذ أجره مقدرا Yجمالا أو مقدرا بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة فيكون الاجر في المقاولة بحسب أهمية العمل الذي أنتجه المقاول لا بحسب مقدار الوقت الذي أنفقه في الإنتاج .

و يعيب هذا الرأي أنه يجعل معيار التمييز بين المقاولة و عقد العمل يقوم على امر غير جوهري ، فليس هناك فرق أساسي بين عامل يأخذ أجره بحسب الوقت ، و آخر يأخذه بحسب القطعة ، فكلاهما أجير عند رب العمل يخضع لإدارته و إشرافه ، و يأخذ المقال لعمله بمقدار ما يبذل من جهد ، و عن كان هذا الجهد يقاس في الحالة الأولى بمقياس مقدار الوقت و في الحالة الثانية بمقياس كمية الإنتاج ز و الفرق بين المقياسين لا يرجع إلى خلاف في طبيعة القياس ، و إنما أراد رب العمل في جعله الأجر بحسب كمية الإنتاج أن يأمن تكاسل العامل و تراخيه في العمل ، فهو عندما يأجره بحسب القطعة إنما يأجره في الواقع من الامر بحسب الوقت الذي يقضيه العامل العادي في إنتاج هذه القطعة ، و إن تراخى العامل المأجور ، فعليه مغبة تراخيه و إن نشط أفاد من نشاطه .

أنظر في ذلك : دعبد الرزاق احمد السنهوري : المرجع السابق ، ص 9 و 10 .

و راجع أيضا في هذه المعايير التي قال بها الفقه قبل أن يستقر على معيار التبعية القانونية : محمد حلمي مراد : قانون العمل و التأمينات الاجتماعية ج 02 ، في علاقات العمل الفردية ، ط 1965 ، مطبعة دار القلم ، القاهرة ، ص 238 .

02-د. شنب : شرح قانون العمل ، ط 1964، دار النهضة العربية ، القاهرة ص 55 و ما بعدها – د. محمد حلمي مراد ، المرجع السابق، ص1965،238، القاهرة.

أو أخطأ (1).و تتفاوت التبعية القانونية بتفاوت إمكانيات رب العمل في استعماله سلطته ، و تختلف سعة و ضيقا باختلاف وجوه نشاط العامـل ، و قـد أسـفرت التطبيقات العملية للعقد عن تعدد أنواعها ، فهناك التبعية الفنية التي يخضع العامـل فيها مباشرة لإدارة و إشراف رب العمل فنيا ، و كذلك التبعية المهنية التي تقتـصر على التضييق من حرية العامل في نشاطه أو في ممارسة مهنته ، و تبعية تنظيميـة أو إدارية لا تمس غير الظروف التي يقوم العامل فيها بتأدية عمله (2).

و استقر الفقه على أن التبعية التنظيمية أو الإدارية تكفي لإمكان القول بقيـام التبعية القانونية ، ذلك لأن استلزام التبعية الفنية وحدها،من شأنه أن يضيق من عقود العمل ، لتصور إمكان عدم إلمام صاحب العمل بكل دقائق العمل و جزئياته(3)(4).

و على ذلك فلا يشترط لتوافر ركن الإدارة و الإشراف في عقـد العمـل أن يكون صاحب العمل من ذوي الخبرة الفنية، كي يستطيع إدارة نشاط العامل مـن

01- V. en ce sens : Cass. Civ :22/02/1932 , D. 1933- 1 , p 145.

أشار إليه : د. عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص94.

02- د . محمود جمال الدين زكي: عقد العمل في القانون المصري، ط 03، الهيئة المصرية العامـة للكتـاب، القاهرة، ص 175.

03- د . إيهاب حسن إسماعيل ، قانون العمل ، ج 01 ، ص 91 ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة .و من الفقه الفرنسي:

Boubli (B) : contrat d'entreprise, D, 1992, chro . XLI, p 158

04-و تطبيقا لهذا المعيار ، يكون كل من النقاش و النجار و الحداد و السباك و من إليهم مقاولا ، إذا هو تعاقـد مع صاحب العمل على صنع شيء معين يقوم بصنعه مستقلا عن رب العمل ، لا يخضع لإشرافه و لا يتلقى منه تعليمات غير ما هو مذكور في العقد ، و ذلك سواء كان يؤجر بحسب كمية الإنتاج كما هو الغالب أو بحـسب مقدار الوقت ، و يكون كل من هؤلاء عاملا لا مقاولا ، إذ قام بعمله بإشراف رب العمل و تحت إدارته ، يتلقى منه التعليمات و يقوم بتنفيذها ، و ذلك سواء كان يؤجر بحسب مقدار الوقت كما هو الغالب أو بحـسب كميـة الإنتاج . و يكون العقد المبرم بين صاحب الملعب و الفنانين الذين يتعاقدون معه عقد عمل لا عقد مقاولة ، لأن الفنانين مهما كان الامر في استقلالهم الفني يتلقون تعليمات صاحب الملعب في عملهم و عليهم أن ينفـذوها . و كذلك العقد المبرم بين صاحب الجريدة و الصحفي الذي يعمل فيها هم عقد عمل ، ما دام الصحفي يعمل تحـت إدارة صاحب الجريدة و إشرافه . أما إذا تعاقد شخص مع صاحب الجريدة على ان يكتب له مقالا في موضـوع معين لقاء أجر معلوم ، فالعقد مقاولة ، لأن الكاتب لا يعمل تحت إدارة صاحب الجريدة و إشرافه .

أنظر في كل هذا ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 12 .

الناحية الفنية، كما لا يتعين عليه أن يلم بكل كبيرة و صغيرة في المشروع، أو أن يتبع العامل ذهابا و إيابا و هو يقوم بعمله ، بل يكفي في هذا السبيل أن يشرف صاحب العمل على العامل بأن يرسم له طريق العمل و حدوده و يحاسبه على عمله و يقوم بإدارة جهاز المشروع .

و لا يشترط أيضا لقيام عنصر التبعية القانونية ، ضرورة تحقق الإشراف الفني أو الإداري بصورة فعلية ، بل يكفي مجرد ثبوت حق صاحب العمل في استعمال ما قرره له الشارع من مكنة الإدارة ، و رخصة الإشراف ، و لا يهم بعد ذلك ما إذا استعمل صاحب العمل حقه في الإدارة و الإشراف أم لم يستعمله (1).

و قد أخذ المشرع الجزائري في القانون رقم 11/90 المؤرخ في 1990/04/21 و المتعلق بعلاقات العمل، بفكرة التبعية القانونية لتمييز عقد العمل عن عقد المقاولة، فورد في المادة 02 منه ما يلي : (يعتبر عمالا أجراء ،في مفهوم هذا القانون ، كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب ، في إطار التنظيم ، و لحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي ، عمومي أو خاص ، يدعى" المستخدم") ، كما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 07 من ذات القانون ما يلي : (يخضع العمال في إطار علاقات العمل للواجبات الأساسية التالية :

- أن ينفذوا التعليمات التي تصدرها السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء ممارسته العادية لسلطاته في الإدارة..).

و بناء على كل ما سبق ، لا يكون مسئولا وفقا لأحكام الضمان العشري ، المشيد الذي يؤدي عمله تحت إشراف و رقابة و توجيه رئيس العمل ، بناء على عقد عمل ، لأنه يعتبر في هذه الحالة عاملا لا مقاولا (2).

فالضمان العشري ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى المهندس

01-د. محمد حلمي مراد: المرجع السابق ، ص 238.

02- عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 96.

المعماري القيام بعمل لقاء أجر ، فإذا تخلف عقد المقاولة ، لا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان ، و إنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية .

فإذا وجد عقد المقاولة ترتب الضمان العشري، و يستوي في ذلك أن يكون الأجر مقدرا جزافا، أو مقدرا بسعر الوحدة (1).

و أخيرا نشير في هذا الصدد إلى أن الكشف عن توافر علاقة التبعية من عدمه، مسألة واقع تفصل فيها محكمة الموضوع، دون رقابة عليها.

ثانيا: تمييز عقد المقاولة عن عقد البيع (2):

يظهر لأول وهلة أن المقاولة تتميز بسهول عن البيع ، فهي ترد على العمل و البيع يقع على الملكية .فالمقاول الذي يتعهد ببناء منزل يبرم عقد مقاولة ، أما إذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك ، فالعقد بيع (3).

01-و ينطبق ذلك على القانون الفرنسي ، منذ نفاذ القانون رقم 67-03 بتاريخ 03 يناير 1967 ، الذي ألغى التفرقة القديمة في هذا الصدد بين ما إذا كان الأجر مقدرا جزافا ، و عند ذلك يتحقق الضمان العشري ، و ما إذا كان الأجر مقدرا بسعر الوحدة فلا يترتب على المقاول هذا الضمان ، بل تسري القواعد العامة .

و قد كانت المادة 1792 مدني فرنسي تضع هذا الشرط ، لتقدير المشرع الفرنسي أن الأجر إذا ما قدر جزافا يكون مدعاة للمقاول أو المهندس إلى الحرص لأن يخرج بأكبر ربح ممكن ، و هو ما سيكون على حساب جودة و سلامة البناء ، و من ثم أوجب هذا الضمان الذي تشدد فيه عما تقضي القواعد العامة ، لكن هذا الشرط اختفى من الصياغة الجديدة لنص المادة 1792 بعد أن تم تعديلها بمقتضى القانون رقم 67-03 لسنة 1967 .

انظر في هذا المعنى :

Planiol (M) et Ripert (G) : Traité pratique du droit civil français, T.XI (contrat civils), 2 éd . Par Rouast (A), paris 1954, n 946.

02- لا تسري أحكام الضمان العشري في التشريع الجزائري إذا ثبت أن العقد المراد الرجوع على أساسه عقد بيع و ليس عقد مقاولة، إذ لا يمكن الرجوع في هذه الحالة على البائع إلا بمقتضى أحكام ضمان البائع للعيوب الخفية في المبيع ، أما في التشريع الفرنسي فإن الامر أصبح يختلف بعد إخضاع بائع العقار لاحكام الضمان العشري .

03- عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص 23 .

بالرجوع إلى أحكام المادة 550 من التقنين المدني الجزائري (1) نجد أن المشرع جعل للمقاولة صورتان:

– الصورة الأولى: يقتصر فيها المقاول على تقديم عمله فقط.

– الصورة الثانية: يتعدى فيها دور المقاول إلى تقديم المواد التي تلزم لصنع الشيء المتقاول عليه (2)(3).

و لا شك في أن العقد في الحالة الأولى – إذا قدم رب العمل المادة و اقتصر المقاول على تقديم عمله – يتمخض عقد مقاولة لا جدال فيه.غير أن عملية التمييز بين عقد البيع و عقد المقاولة تجد ضرورتها في الحالة الثانية ، أي عندما تنصب المقاولة على صنع شيء معين أو تشييد بناء ما، إلى غير ذلك مما يصح أن يكون محلا للمقاولة ، و يكون المقاول ملتزما في نفس الوقت ، و بمقتضى عقد المقاولة بتقديم المواد اللازمة لصنع الشيء أو تشييد البناء (4).

من الواضح أن مثل هذه العملية من التعاقد تقتضي أمران:

أولهما: هو قيام المقاول بصنع الشيء أو تشييد البناء، و ذلك بمواد من عنده.

و ثانيهما: هو انتقال ملكية الشيء المصنوع بناء على العقد إلى رب العمل (5).

فهل يبقى العقد في هذه الفرضية عقد مقاولة، أو يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبلي، أم خليط من هذا و ذاك ؟.

01–تنص المادة 550 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يجوز للمقاول أن يقتصر على التعهد بتقديم عمله فحسب، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله.

كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل و المادة معا."

02– فقد يقع أن يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتبا أو مكتبة أو أثاثا و يقدم النجار الخشب من عنده، و هذا ما يحصل في الغالب. و يقع أن يتعاقد شخص مع حائك عل ان يصنع له ثوبا و يقدم الحائك القماش من عنده . و الرسام يقدم عادة القماش و المادة التي يصور بها فيتعاقد على العمل و المادة معا.

أنظر في ذلك : عبد الرازق السنهوري : المرجع السابق ، ص 23 .

03– انظر فيما سيأتي من بيان الإختلاف الذي وقع بشأن الطبيعة القانونية لهذا العقد ، رسالتنا للماجستير ، سالفة الذكر ، ص 52: 54 .

04– يسمي الفقه الإسلامي هذا العقد ، بعقد الإستصناع .

05– عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 109.

انقسمت الآراء في هذه المسألة، فذهب رأي أول، إلى أن العقد في مثل هذه العملية، عقد مختلط، يمتزج فيه كل من البيع و المقاولة (1) ، و بيان ذلك : احتواؤه على موضوعي كل من العقدين ،فهو يرد على العمل و هو موضوع عقد المقاولة ، كما يرد على انتقال ملكية الشيء المصنوع ،و هذا هو موضوع عقد البيع ، و متى كان الأمر كذلك، فلا يمكن إعتباره عقدا بسيطا ن مقاولة فقط أو بيعا فقط ، إذ ان الأحكام المنفردة لكل من العقدين ، تعجز بالضرورة ، عن ضبط المسائل التي يثيرها مثل هذا العقد (2).

و يؤخذ على هذا الرأي ، انه و عن بدا يسد النقص الذي قد يترتب على تطبيق أحكام احد العقدين ، فهو يؤدي إلى إثارة صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام المقاولة مع أحكام البيع ، كما هو الأمر فيما يتعلق بطبيعة العوض ، و تحديده ، و إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ، ذ تتعين حينئذ المفاضلة بين العقدين ، و هو ما يؤدي إلى التحكم في أغلب الأحيان (3).

بينما ذهب رأي ثان ، إلى أن العقد هو بيع لشيء مستقبلي ، و سند هذا الرأي هذا الرأي أن المتعاقدين إنما انصب قصدهما عند التعاقد على الحصول على شيء معين، و إن كان هذا الشيء غير موجود عند التعاقد لزم أن يقوم المقاول بصنعه في المستقبل ، لذلك كان البيع بيعا لشيء مستقبلي ، أما عمل المقاول فقد جاء تبعا و ليس أصلا (4).

و قد استند أنصار هذا الرأي في فرنسا إلى مفهوم المخالفة الذي استخلصوه من المادة 1811 مدني فرنسي ، و التي تقضي بان العقد يكون مقاولة إذا كانت المادة مقدمة من رب العمل ، فمفهوم المخالفة لهذا النص ، أن العقد لا يكون

01-نظر في هذا المعنى / د . أنور سلطان ، العقود المسماة - عقد البيع - ص 166- د. عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق ، ص 115 - محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني المصري - العقود المسماة - ط 2 ، 1952 المطبعة العالمية و دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ص 479

02- عبد الرازق حسين ياسين : المرجع السابق ، ص 109 .

03- عبد الرازق حسين ياسين : المرجع السابق ، ص 110 .

04- عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 25.

مقاولة ، إذا كانت المادة من الصانع ، فالعقد إذا لا يكون إلا بيعا . لا سيما و ان مشروع المادة 1787 مدني فرنسي كان يشتمل على فقرتين اخريتين ، على الوجه التالي : " 2- و في الحالة الاولى (حيث المادة يقدمها رب العمل) يتمخض العقد مقاولة

3- و في الحالة الثانية (حيث المادة يقدمها المقاول) يكون العقد بيع شيء بمجـــرد صنعه" .

و قد حذفت هاتان الفقرتان لأنهما أقرب إلى تقرير قواعد فقهية منها علـــى قواعـــد تشريعية ، و هذا معناه أن واضعي التقنين المدني الفرنسي ، يكيفون العقد الذي يقدم فيه المقاول المادة على أنه بيع ليس مقاولة (1).

و مما يؤخذ على هذا الرأي أنه لا يدخل في الاعتبار أن المقاول إنما تعاقـــد أصلا على العمل، و المادة إنما جاءت تابعة للعمل. و لو كان المقاول قصد أن يبيع شيئا مصنوعا، لجاز له أن يقدم لرب العمل شيئا يكون قد صنعه قبل العقد. و هو إذ فعل، و قبل منــــــه رب العمل ذلك، فإن ملكية هذا الشيء المصنوع مـــن قبـــل لا تنتقل بموجب العقد الأصلي، و إنما تنتقل بموجب عقد جديد يكيف على انه بيـــع، لا لشيء مستقبل، بل لشيء حاضر (2).

و التجأ فريق ثالث ، إلى ما يسمى بالمعيار الاقتصادي ، فقالوا بأن العقد فـــي هـــذه الحالة قد يكون بيعا ، و قد يكون مقاولة بحسب الأحوال ، و ذلك تبعا لقيمة كل مـــن المادة و العمل في العقد ، فإذا كانت قيمة المادة أكبر بكثير من قيمة العمل كان العقد بيعا ، أما إذا العكس فالعقد مقاولة (3).

و أهم ما يؤخذ على هذا الرأي، تعارضه مع المادة 550 مدني جزائري و 1748

- Planiol et Ripert : Traité pratique de droit civil français" ;T .XI par Rouast
- T.XI par Rousat (A), 2 éd .1954 ,P 146

02- أنظر في ذلك : عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص 25 و 26 .

03- V .Cass .Civ . 10/06/1964, Bult 1964, n 402.

أشار إليه: د عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، هامش 34، ص 117.

مدني فرنسي، اللتان تجيزان صراحة أن يقدم المقاول المادة و العمل معا، فمـؤدى هذا أن العقد مقاولة.

و بالرجوع إلى القضاء الفرنسي حتى أول جانفي1979 تاريخ نفاذ القـانون الجديد ، نجد انه درج ، على أنه في مثل هذه الحالة لا نكون بصدد عقـد مقاولـة لاستحالة نشوء هذا العقد بين الشخص و نفسه (1).

أو القول بأن المقاول قصد أن يجمع بين صفته هذه و صفته كرب للعمل فـي آن واحد ، و لا يمكن الرجوع عليه هنا إلا بمقتضى أحكام ضمان البائع للعيوب الخفيـة في المبيع (2).غير أنه بعد نفاذ القانون سـالف الـذكر، نـصت المـادة 1792-1 صراحة على اعتبار المقاول البائع للبناء في حكم المعماري الملتزم بأحكام الـضمان العشـري الوارد في المادتين 1792، 2270 من القانون المدني الفرنـسي، و ذلك على سبيل الاستثناء من المبدأ العام الذي يشترط لذلك وجود عقد مقاولة، و الذي أكده المشرع من جديد في المادة 1792- 1.(3)

أما المشرع الجزائري ، فقد تحدث فقط عن الحالة التي يتعهد فيها المقـاول بأن يشيد بمواد من عنده مسكن على أرض يملكها ، ثم ينقل ملكيته بعد إنجازه مـع الأرض إلى رب العمل ، و أطلق عليه تسمية " عقد بيع بناء على تصميم " ، و ذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم : 07/87 المعدل بالمرسوم رقم : 03/93 المؤرخ في : 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري ، و ألزم المتعامل في إطار الترقيـة العقارية هنا بأحكام الضمان العشري (4).

01- Caston (A) : La responsabilité des constructeurs, 02 éd, 1979, p.166

02- V. en ce sens : Cass .Civ : 11/03/1970, Bult .Civ 1970, p 74 ; Cass. Civ : 5/4/78, Bult . Civ 1978,p 289.

03 -و قد كان القانون رقم : 67-4 المؤرخ في : 1967/01/04 قد نص على مثل هذا الاستثناء في المـادة 1646 -1 من القانون المدني الفرنسي ، و لكن بالنسبة لبائع العقار المعد للبناء فحسب ، أي في حالة البيع قبل إنجاز أعمال البناء ، لكن هذا النص قد عدل بالقانون رقم : 71-12 لسنة 1978 ، على نحو يحقـق التناسـق المطلوب بينه و بين الأحكام الجديدة التي استحدثها في الصياغة الجديدة للمادة 1792 مـن القـانون المـدني الفرنسي .

04-و سيكون هذا ، محل بحث بالتفصيل لاحقا ، أنظر ص 201 من هذا البحث .

و في رأي أخير ذهب قائلوه إلى أن العقد في مثل هذه الحالة لا بيع فيه لـــشيء مستقبلي ، فموضوع التزام المتعهد هو القيام بعمل معين ، و هـــو صـــنع الـــشيء المطلوب منه ، و بدون إنجاز هذا العمل لا يعتبر التعهد موفيا لالتزامه .

و إذا كان يترتب على صنع الشيء أن يتملكه فذلك لا يعني أن العقد ورد منـــذ الأصل على الملكية، و أنه بالتالي عقد بيع ، فتملك رب العمل للشيء الذي صـــنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية و لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحـــساب رب العمل، و العقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع ، فهناك مثلا : الـــشركة ، القرض و كذا المقاولة (1).

و هو الرأي المتفق مع أحكام القانون المدني الجزائري و الفرنسي، اللذان قررا بأن العقد في الصورتين – سواء قدم المقاول المادة أو لم يقدمها – مقاولة.

و لعل سبب هذه الضجة الفقهية، هو عدم الاعتراف لعقد المقاولة بمكنة اكتساب الملكية، و قصره على عنصر العمل فقط، فلو استطاع الفقه أن يـــسبغ علـــى عقـــد المقاولة هذه الإمكانية، لما كنا بحاجة إلى كل هذا الجدل و النقاش لمعرفة الطبيعـــة القانونية له.

ثالثا : تمييز عقد المقاولة عن عقد الوكالة (2):

للتفرقة بين عقدي المقاولة و الوكالة أهمية، يستدعيها النظـــام القـــانوني لكـــل منهما، الذي يقوم و لا شك، على تمايز في الطبيعة بين العقدين، و اخـــتلاف فـــي المصلحة التي قام كل منهما بإشباعها (3).

01– د . السنهوري ، المرجع السابق ، ص 27 .

02– انظر في التمييز بين العقدين : رسالتنا للماجستير سالفة الذكر ، ص 55 و 56 .

03–أنظر في أهمية التمييز بين العقدين : من الفقه المصري : محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص 477 – شنب ، المرجع السابق ، ص 32 – عنبر محمد عبد الرحيم ، عقد المقاولة – دراسة مقارنة بـــين تـــشريعات الدول العربية – ط 1 ، القاهرة ، 1977 ، ص 27 .

و من الفقه الفرنسي :

Planiol et Ripert : traité pratique de droit français , T.XI par Rousat (A) , 2 éd .1954, p 144- Huet (J) : traité de droit civil : Les principaux contrat spéciaux , Paris , librairie générale du droit et de jurisprudence , 1996 , p.286.

و إذا كان الجامع بين هذين العقدين واحد، و هو أن كلا منهما يرد على عمل، يقوم به كل من المقاول و الوكيل لصالح كل من رب العمل و الموكل، فإن المفرق بينهما أمران: أحدهما موضوعي و الآخر شخصي (1)(2).

أما الموضوعي منهما فيتعلق بذات العمل المطلوب بالعقد، فبينما يكون عملا ماديا في عقد المقاولة، يكون تصرفا قانونيا في عقد الوكالة، يجريه الوكيل لحساب موكله (3).

01- د. محمد لبيب شنب : المرجع السابق ، ص 22 و ما بعدها .

02- و للتمييز بين المقاولة و الوكالة أهمية عملية تظهر فيما يأتي :

أ- المقاولة تكون دائما مأجورة ، و متى عين الاجر لا يملك القاضي كقاعدة عامة تعديله . أما الوكالة فقد تكون مأجورة أو غير مأجورة .

ب- لما كان المقاول يعمل مستقلا عن رب العمل ،فهو لا يخضع لإشرافه و لا يكون تابعا له ، و من ثم لا يكون رب العمل مسؤولا عن المقاول مسؤولية المتبوع عن التابع . أما الوكيل فيعمل في كثير من الاحيان بإشراف الموكل ، و في هذه الحالة يكون تابعا له و يكون الموكل مسؤولا عنه مسؤولية المتبوع عن التابع .

ت – لما كان المقاول لا ينوب عن رب العمل ، فإن التصرفات التي يجريها لا ينصرف أثرها إلى رب العمل ، و إذا كان هذا الاخير مسؤولا مباشرة نحو من يتعاقد معهم المقال من عمال و مقاولين من الباطن فإن هذه المسؤولية لا تجاوز القدر الذي يكون رب العمل مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ، أما الوكيل ، فلأنه ينوب عن الموكل ، فإنه يلزمه بتصرفاته ، و ينصرف أثر هذه التصرفات مباشرة إلى الموكل ، و لا شيء منها ينصرف إلى الوكيل .

ث- المقاول مضارب ، و هو معرض للمكسب و الخسارة ، و إذا أصيب بضرر بسبب تنفيذ العمل فلا شأن لرب العمل في بذلك ، و يتحمل المقاول وحده هذا الضرر . أما الوكيل فإنه لا يضارب و لا يعرض نفسه لمكسب أو خسارة، فهو إما أن يقوم بعمله تبرعا و إما أن يأخذ أجرا مناسبا للعمل.

ج- المقاولة في الأصل عقد لازم، أما الوكالة فهي في الأصل عقد غير لازم و يجوز عزل الوكيل أو تنحيته في أي وقت .

ح- لا تنتهي المقاولة بموت رب العمل أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار ، و تنتهي الوكالة بموت الوكيل أو تنحيته في أي وقت .

أنظر في كل ما سبق : عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص 15 و 16 .

03-و إن كان هذا ، لا يمنع أن يؤدي الوكيل بعض الأعمال المادية ، يستلزمها حسن آدائه لالتزاماته القانونية و لكنه يظل مع ذلك متميزا بأنه إنما يؤدي عملا قانونيا لصالح موكله .أنظر في هذا المعني: محمد كامل مرســي، المرجع السابق، ص 294.

على أنه يلاحظ أن بعض الشراح في فرنسا – تأثرا بالقانون الروماني – لا يقصرون الوكالة على الأعمال ==

أما المميز الشخصي بين العقدين ، فيظهر في قيام الصفة التمثيلية بين الموكل و وكيله ، و انعدامها بين المقاول و رب العمل (1).

و يعتبر العقد المبرم بين رب العمل و المهندس المعماري عقد مقاولة ، ذلك أن وضع التصميم و المقايسة و مراقبة التنفيذ ، يعتبر من الأعمال المادية للمقاولات ، و يندرج في صورها ، و إن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال ، لا يمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية ، لا من قبيل التصرفات القانونية ، فلا يتغير بذلك وصف العقد من مقاولة إلى وكالة ، مما يوجب تطبيق أحكام عقد المقاولة عليه (2).

و إذا كان هذا ما يميز عقد المقاولة عن عقد الوكالة ، إلا انه ليس ثمة ما يمنع من أن يكلف الشخص ، و بمقتضى عقد واحد ، بأعمال مادية و أعمال قانونية ، و في نفس الوقت ، و على ذلك فالملتزم بالعمل يعتبر مقاولا ، فيما يتعلق بالأعمال المادية ، و وكيلا فيما يتعلق بالأعمال القانونية ، و تطبق أحكام كل عقد على حدة (3).

على ان التمييز بين عقد المقاولة و عقد الوكالة يجرنا إلى البحث عن الطبيعة القانونية للعقد الذي يبرمه رب العمل مع المهندس المعماري ، لمعرفة هل هو عقد مقاولة أم عقد وكالة (4).

القانونية ، بل يجعلونها تشمل أيضا الأعمال المادية ، أخذا بعموم نص المادة 1984 مدني فرنسي التي تعرف الوكالة بأنها :

"Est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom".

V. en ce sens : Colin (A) et Capitant (H) : Cour élémentaire de droit civil français, T.2 Paris. 1953 par : Léon – Julliat de la morandiére , p 784.

01- د.محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص 27 .

02- أنظر في هذا المعنى، محمد ناجي ياقوت: مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال و تسلمها مقبولة من رب العمل ، ص 26 و ما بعدها، منشأة المعارف ، دار وهدان للطباعة و النشر ، الإسكندرية ، بدون طبعة .

03 -السنهوري :المرجع السابق : ص 21 و 22 .

04- و قد ركزنا على هذا العقد دون غيره من عقود المهن الحرة، لارتباطه بموضوع دراستنا .

الرأي الغالب فقها (1) يذهب إلى أن العقد الذي يبرمه المهندس المعماري مع رب العمل ، ليس – بحسب الأصل – من طبيعة عقد الوكالة ، لأن مهمة المهندس المعماري – بحسب طبيعتها – هي مهمة مادية خالصة ، تتمثل في وضع الرسومات و المقايسات اللازمة للبناء ، ثم الإشراف على تنفيذها ، و هذه كلها من قبيل الأعمال المادية ، و إذا تميزت بشيء فإنها تتميز بأن ناحية الفكر فيها غالبة ، و لكن هذا لا يمنع من أن تكون أعمالا مادية ، لا تصرفات قانونية .

و المهندس المعماري في قيامه بهذه المهام ، و إن كان يعمل لحساب رب العمل، إلا أنه لا يمثله ، و لا ينوب عنه ، بل يعمله باسمه الخاص ، مستقلا عن رب العمل ، بحيث لا يخضع لإشراف و رقابة هذا الأخير ، لذا فإن العقد المبرم بينهما لا يكون إلا عقد مقاولة ، و ليس وكالة .

و لا يمنع هذا أن يكلف رب العمل المهندس المعماري بالقيام ببعض الأعمال التي تعد من قبيل التصرفات القانونية، كأن يكلفه بشراء قطعة أرض ،و التعقد مع المقاولين اللازمين لتنفيذ المشروع ، و محاسبتهم و إقرار الحساب ، و دفع ما يستحقه المقاول في ذمة رب العمل ، و تسلم العمل من المقاول على أجزاء أو جملة واحدة بعد إنجازه ، و يكون في هذه التصرفات القانونية نائبا عن رب العمل ، و من ثم تسري أحكام الوكالة(2).

و تكييف العقد على انه عقد مقاولة ، أو عقد وكالة ، يقتضي من القاضي الرجوع إلى العقد المبرم بين الطرفين .

01- Bricmont (G): La responsabilité des architectes et entrepreneurs en droit belge et droit français. Bruxelles- Paris, 2 éd, 1965, P10

02- السنهوري :المرجع السابق : ص 21 و 22 .

الفرع الثالث : تنوع الاعمال التي تكون محلا لعقد المقاولة :

سبق و ان بينا ، ان المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين يصنع شيئا او يؤدي عملا .

فالمقاول إذن يتعهد بصنع شيء او أداء عمل ، و لما كان صنع الشيء هو ايضا عمل يؤديه الصانع ، فالمقاول يتعهد دائما بتأدية عمل . و العمل الذي يؤديه المقاول يختلف من مقاولة على أخرى اختلافا بينا ، و يتنوع تنوعا كبيرا . و يمكن تقسيم الأعمال التي يؤديها المقاول من نواح مختلفة : من ناحية طبيعة العمل و من ناحية حجمه و من ناحية نوعه .

فمن ناحية العمل ، قد يكون العمل غير متصل بشيء معين بل هو مجرد عمل ، كنقل الأشخاص و الطبع و النشر و الإعلان و العلاج و المرافعة و التدريس و المحاسبة و نحو ذلك . و قد يكون العمل متصلا بشيء معين ، و هذا الشيء إما ان يكون غير موجود وقت العقد فيصنعه المقاول بمادة من عنده أو من عند رب العمل ، فالنجار يصنع الأثاث بخشب من عنده او من عند رب العمل ، و الحائك يخيط الثوب بقماش من عنده او من عند العميل ، و مقاول البناء يقيم البناء بمواد من عنده أو من عند رب العمل .

و عما ان يكون الشيء موجودا وقت العقد و يرد العقد عليه ليقوم المقاول بعمل فيه ، كبناء يرممه أو يدخل فيه تعديلا أو يدمه ، او كحائط يدهنه ، أو كأثاث يجدده ، و كسيارة يصلحها .

و من ناحية حجم العمل، تتدرج المقاولات من صغيرة إلى كبيرة، فالأعمال التي تقدم بيانها فيها الكبير و الصغير. فعمل النجار و الحائك و السباك و الحداد و أعمال المهن الحرة و نحوها تكون غالبا من المقاولات الصغيرة و تتدرج مع ذلك في أهميتها(1) .

01- السنهوري : المرجع السابق ، ص 31 .

أما المقاولات الكبيرة، فهي عادة تشييد المباني و المنشآت الثابتة الأخرى و المشروعات الكبيرة كالجسور و السدود و الطائرات و السفن.

و من ناحية جنس العمل ، فهناك من المقاولات ما أصبح معروفا باسم خاص لانتشاره ، فهناك مقاولات البناء و هي من الانتشار بحيث إذا أطلق لفظ " المقاولة" انصرفت إليها .

كما أن هناك الأشغال العامة ، و النقل و النشر و غيرها ...(1).

01- أنظر في هذا المعنى : السنهوري ، المرجع السابق ، ص 32 .

المطلب الثاني : شروط عقد المقاولة الخاص بالضمان العشري

كما سبق و أن أشرنا فإنه يلزم توفر عقد مقاولة لإعمال أحكام الضمان العشري، غير أن هذا العقد لا بد و أن يستوفي جملة من الشروط الخاصة بهذا المجال:

أولها: ضرورة انعقاده مع رب العمل .

و ثانيها: يتعلق الأعمال محله، و ما يجب أن يتوفر فيها من شروط.

الفرع الأول: ضرورة ارتباط عقد المقاولة مع رب العمل :

لا يكف لنشوء الالتزام بالضمان العشري على عاتق المشيد أن يكون هذا الأخير ملتزما بعقد المقاولة، و إنما يتعين أيضا أن يكون ذلك العقد مبرما مع رب العمل الذي يريد الاستفادة من أحكام هذا الضمان المشدد(2).و هو ما تناولته النصوص القانونية المنظمة لهذه المسؤولية ، و التي بناء عليها نتناول هذا الشرط ، في قسمين،يكون الأول عن الوضع في التشريع الجزائري،و الثاني عن التشريع الفرنسي.

أولا : في التشريع الجزائري : بالرجوع إلى نص المادة 554 مدني جزائري لا نجد ما يقضي بضرورة توفر هذا الشرط (3).

01- هولو بوظو ، مسؤولية المقاول ، مجلة الرائد العربي ، العدد(13) ، السنة الرابعة 1986 ، ص 36 .

02-السنهوري ، المرجع السابق ، ص 109 – شنب ، المرجع السابق ، ص 122 و ما بعدها .

أنظر أيضا من الفقه الفرنسي :

Caston : Op.Cit, 183.

03- تقضي المادة 554 مدني جزائري بما يلي : "يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى و لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض و يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني و المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء و سلامته ."و هذا على خلاف المشرع المصري الذي أورد في نص المادة 651 مدني ما يوحي بضرورة توفر هذا الشرط و ذلك بقوله : " .. و لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل ، قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة ، قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات ."

غير أن المادة 94 من القانون رقم : 07/80 المؤرخ في : 1980/05/09 المتعلق بالتأمينات ، كانت تقضي بما يلي : " يجب على المهندسين المعماريين و المقاولين و الأشخاص الآخرين المرتبطين بصاحب العمل بموجب عقد الأشغال ، أن يؤمنوا من العواقب المالية و مسؤوليتهم المهنية " ،و هو ما يستشف منه أن المشرع الجزائري اتجه نحو اشتراط كون رب العمل ، الذي يتم العمل لحسابه ،طرفا مقابلا للمهندس المعماري و مقاول البناء أو أي مشيد آخر في عقد المقاولة لتطبيق أحكام الضمان العشري ، و ما يؤكد هذا ، نص الفقرة الأخيرة من المادة 554 مدني جزائري ، و التي قضت بعدم سريان هذه المادة (أي 554 مدني) على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن ، رغم أن المقاول الأصلي في هذه الحالة يعتبر رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن (1).

ثانيا: <u>في التشريع الفرنسي</u> : لم يكن القانون المدني الفرنسي يحوي ما يدل على هذا الشرط ، فقد كانت المادة 1792 ، قبل تعديلها بالقانون رقم 03 لسنة 1967 في 03 جانفي 1967 تقضي بما يلي : " إذا تلف البناء المشيد بأجر مقدر جزافا ، تلفا كليا أو جزئيا ، و كان هذا التلف ناشئا عن عيب في البناء ، أو حتى عن عيب في الأرض ذاتها ، فإن المهندسين المعماريين و المقاولين ، يسألون عن هذا التلف في خلال عشر سنوات ".(2).

كما كانت تقضي المادة 2270 في صياغتها الأصلية بأن :" تنقضي مسؤولية المهندس المعماري و المقاولين ، عن ضمان الأعمال الكبيرة التي قاموا بتنفيذها أو بالإشراف عليها بعد عشر سنوات ."(3)

01- أنظر في هذا الاتجاه أيضا ، عياشي شعبان : الضمان العشري لمهندسي و مقاولي البناء في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستيير ، فرع العقود و المسؤولية ، جامعة قسنطينة ، 1988 ، ص 49.

02 - Art 1792 C. Civ (1804) : " Si l'édifice construit à prix fait , périt en tout ou en partie par le vice de la construction même par le vice du sol , les architectes et entrepreneurs sont déchargés de la garantie de gros ouvrage qu'ils ont faits ou dirigés"

03 - Art 2270 C. Civ (1804) : " Après dix ans , l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie de gros ouvrage qu'ils ont fait ou dirigés ."

و على الرغم من ذلك ، فقد سار القضاء نحو تأييد هذا المبدأ (1) ، و أيده بعض الفقه في ذلك (2).

غير أنه و تقنينا لما جرى عليه القضاء الفرنسي ، في أحكام من قبل ، ظهر هذا الشرط في عبارة المادتين : 1/1792 و 2270 بعد تعديلهما بالقانون رقم : 12-67 في 1967/04/04 ، فصارت الأولى تقضي بما يلي :

" يكون المهندسون المعماريون و المقاولون و غيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة ، مسئولين عما يصيب البناء من تهدم كلي أو جزئي ، إذا نتج عن هذا التهدم عيب في البناء ، أو حتى عن عيب في الأرض ذاتها، و ذلك لمدة عشر سنوات ."

أما المادة 2270 فتقضي بما يلي: " ينقضي ضمان المهندسين المعماريين و المقاولين و غيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة للأعمال التي قاموا بها أو أشرفوا عليها، بعد عشر سنوات فيما يتعلق بالأعمال الكبيرة، و بعد عامين فيما يتعلق بالأعمال الصغيرة ".

و هو ما أقره بعد ذلك أيضا التعديل الذي جاء بموجب القانون رقم : 12 لسنة 1978 الصادر في 03 جانفي 1978 .

و مما سبق، نستخلص أن المقاولين من الباطن، و المهندسين المعماريين و غيرهم من الفنيين، الذين يشاركون بدور معين في عملية البناء، و لم يتعاقدوا مباشرة مع رب العمل الأصلي، لا تشملهم دائرة الأشخاص الخاضعين لأحكام الضمان العشري (3).

01-V.En ce sens : Cass . civ : 12/02/1967 ,D. 1967-01 .

02- Planiol et ripert :Op . Cit , p 196.

03- و مع ذلك يجوز لرب العمل ، أن يرجع عليهم مباشرة بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية : السنهوري، المرجع السابق ، ص 112 – لبيب شنب ، عقد المقاولة ، ص123.

أنظر أيضا من الفقه الفرنسي : Caston : Op . Cit , p173.

كما أن أحكام هذا الضمان ، لا تنطبق حتى في علاقة هؤلاء المشيدين بالمقاول الأصلي الذي يعتبر بمثابة رب العمل بالنسبة لهم ، و ذلك لأن هذا الضمان قصد به حماية رب العمل نفسه الذي يكون في العادة غير ملم بهذا الفن ، ضد إهمال أو غش الفنيين ، و المتخصصين في هذا المضمار(1) .

و خلاصة القول أن عقد المقاولة يجب أن يكون مبرما مع رب العمل، الذي تقتصر عليه أو خلفه الاستفادة من أحكام الضمان العشري.

و نشير هنا إلى أنه من الأفضل تعديل أحكام المادة 554 بما يتضمن صراحة هذا الشرط، لعدم الاصطدام بأي تأويل يخالف ما استقر عليه الفقه و القضاء فيما يتعلق بهذا النوع من الضمان.

الفرع الثاني: الأعمال محل عقد المقاولة الخاص بالضمان العشري :

من المتفق عليه في الفقه التقليدي ، أن عقد المقاولة الذي يترتب عنه أحكام الضمان العشري ، يشترط أن يرد على إقامة مباني أو منشآت ثابتة أخرى ، أي أن نطاقه محصورا على دائرة معينة من الأعمال التي يؤديها المشيد ، دون غيرها .

و هذه الدائرة تتحدد أولا من حيث طبيعة الأشياء محل هذه الأعمال ، كما أنها تتحدد أيضا من حيث طبيعة هذه الأعمال ذاتها ، لذلك فمن المفيد أن ندرس نطاق تطبيق الضمان العشري من حيث الأعمال في جزئيتين ، نفرد أولاها لطبيعة الأشياء محل الإعمال (أولا) ، و ثانيها لطبيعة الأعمال ذاتها (ثانيا) .

أولا : طبيعة الأشياء محل الأعمال : إن كان المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 554 من القانون المدني على أن الضمان العشري يطبق على أعمال المباني و المنشآت الثابتة الأخرى ، فإن الأمر لم يكن كذلك على مستوى الفقه الفرنسي ، إذ ظل الفقه التقليدي يصر على أن تكون أعمال المهندس المعماري و المقاول الخاضعة للضمان العشري واردة على المباني دون غيرها من المنشآت

01- و قد برر هذا الحكم في لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب المصري بما يأتي : (أما المقاول و المقاول من الباطن ، فهما من الناحية الفنية متساويان ، فليس هناك حاجة لاستحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهما) و الراجح هو أنه ذات الدافع الذي أدى بالمشرعين الجزائري و الفرنسي إلى استثناء أحكام الضمان العشري من العلاقة بين المقاول الأصلي و المقاول من الباطن .

الثابتة الأخرى (1).

لكن سرعان ما استقر الرأي نهائيا، في الفقه الحديث في فرنسا، على التوسع في تفسير مدلول كلمة المباني، بحيث يشمل غيرها أيضا من المنشآت الثابتة الأخرى.و هو ما أقره بعد ذلك المشرع الفرنسي بموجب إصلاحات سنة 1978 ،لذلك يتعين علينا الوقوف على مدلول المصطلحين فيما يأتي :

<u>01-المباني:</u> تدخل المباني على تنوعها في نطاق تطبيق الضمان العشري، و ذلك دون جدال، سواء على مستوى التشريع الجزائري (1)، أو التشريع الفرنسي (2).

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري (3) ، لا نجد ما يحدد مفهوم البناء ، ما عدا القرار الوزاري المؤرخ في : 1988/05/15 المتعلق بكيفيات ممارسة و تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك (3)، في المادة 23 منه ، نجد انه يعرف المباني الواردة بأحكام المادة 554 من القانون المدني بأنها : (كل أشغال الأساسات ، الهياكل الفوقية ، و الأسوار و الأسقف) .

و يؤخذ على هذا التعريف ، عدم تعريف البناء بمعناه الفني ، إنما حاول حصر أعمال البناء التي تخضع المسؤولية عن الأضرار الناجمة عنها لأحكام الضمان العشري ، و هي تلك الأشغال المتعلقة بالأساسات و الهياكل الفوقية و الأسوار و الأسقف، أما ما عداها فلا يمكن إخضاع الأضرار الناجمة عنها لأحكام الضمان العشري (4).

و هو الحصر الذي لم يوفق فيه المشرع الجزائري ، ذلك انه من الصعب التعداد الحصري لأعمال البناء ، مع التطور المستمر لهذه الأعمال .

01- أنظر المادة 554 من القانون المدني الجزئري .

02- المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي .

03- أنظر في تعريف المباني في التشريع الجزائري رسالتنا للماجستير سالفة الذكر ، ص 57 إلى 61

03- أنظر الجريدة الرسمية، العدد 43، الصادرة بتاريخ: 1988/11/26.

04- كامل فؤاد ، المسؤولية المدنية عن تهدم البناء في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، فرع العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر ، 2002/2001 ، ص 127 .

و ما دام القرار الوزاري سالف الذكر يتحدد مجال تطبيقه حسب نص المادة الأولى منه، بأعمال الاستشارة الفنية في البناء و أجرها لحساب الإدارات التابعة للدولة و الجماعات المحلية و الهيئات العمومية، فإنه و إن كان يعتبر مرجعا قانونيا، إلا أنه لا يرقى من حيث الحجية القانونية إلى الدرجة التي تمنع الاجتهاد معه (1).

و بالرجوع إلى القانون الفرنسي ، نجد أنه مر بمرحلتين ، مرحلة ما قبل إصلاحات 1978 ، أين كان المشرع الفرنسي يستعمل(2) مصطلح "édifice"والذي أبقى عليه إصلاح 1967 ، هذا المصطلح الأخير أثار جدلا كبيرا فيما يتعلق بتعريفه ، إلى أن جاء قانون 1978 و استبدل هذا المصطلح بكلمة "ouvrage" التي أتى بها المشرع الفرنسي في إصلاحه الجديد لأحكام الضمان العشري أي و التي تضم مفهوم كل من المباني و المنشآت الثابتة الأخرى.

غير أن مصطلح البناء الوارد في التشريعات الفرنسية المتعاقبة ، لا نجد ما يتناوله بالتعريف ،سوى المادة 02/241 من قانون التأمينات (2)، التي كانت تعرف أعمال البناء Les travaux de bâtiment بأنها : (تلك الأشغال التي يكون محلها إنجاز منشآت على سطح الأرض أو تعديلها ، بحيث يكون الإنسان قادرا على الحركة بداخلها ، و أن يكون من شأنها أن توفر له الحماية ضد إعتداءات عوامل الطبيعة الخارجية ، و لو بصفة جزئية).

و يتفق الفقه الفرنسي بوجه عام على القول بان هذا التعريف يجمع العناصر المكونة لفكرة المبنى ، و ذلك على الرغم من أنه فقد قيمته القانونية منذ أن تم إلغاء اللائحة التي تضمنته لعدم دستوريتها في : 1979/11/30 (3).

و في هذا الصدد، يعرف الأستاذان Malinvaud (ph) et Jestaz (ph)

01- أنظر في ذلك : رسالتنا سالفة الذكر ، ص 58 .

02- و التي ظلت المادة 1792 مدني فرنسي محتفظة بها منذ وضع المجموعة المدنية في 1804، و حتى تاريخ العمل بقانون 1978، رغم التعديل الأول الذي تم بالقانون رقم 3 لسنة 1967.

03- و قد تضمنته اللائحة التنفيذية الصادرة بتاريخ : 1978/11/17 ، و ذلك في شأن تحديد نطاق التامين الإجباري من مسؤولية المعماريين .

04- V. en ce sens : Malinveaud et Jestaz : Op.Cit ; p 161- Boubli : Op .Cit ; p 255 .

المبنى بأنه (كل ما يخصص لإيواء الإنسان أو الأشياء، كالإسطبل و محزن الغلال، فيعتبران مبان أيضا كالمنازل تماما) (1).

كما عرفه Planiol و معاونيه بأنه (كل مجموعة من الأعمال، متصلـــــة بالأرض، مقامة سواء فوق الأرض أو تحتها)(2).

و عرفه الأستاذ : السنهوري بأنه :(مجموعة من المواد ، أيا كان نوعهـــا ، خشبا أو جيرا أو جبسا أو حديدا ، أو كل هذا معا ، أو شيئا غير هذا شـــيدتها يـــد الإنسان ، لتتصل بالأرض اتصال قرار (3).

و بناء على التعاريف السابقة ، يمكننا تعريف البناء على أنه: (كـــل عمـــل أقامته يد الإنسان ، مشكل من مجموعة من المواد أيا كـــان نوعهـــا ، و المتـــصلة بالأرض اتصال قرار ، بحيث لا يمكن نزعها أو تفكيكها دون تلف ، و تشكل حماية للإنسان أو الحيوان أو الأشياء من مخاطر الطبيعة).

و عليه، يستنتج أن الشرط الوحيد الذي يجب توافره لإخضاع البنـــاء إلـــى قواعد الضمان العشري، هو عنصر الثبات و الاستقرار.

و يجمع الفقه ، أنه لا أهمية للغرض الذي أنشئ من أجله البنـــاء لإحـــداث أحكام الضمان العشري ، فيعتبر بناء ، كل ما هو مخصص للاســـتعمال الـــسكني ، كالمنازل و الفيلات و العمارات ، و الحظائر و الأبراج و المرائـــب ذات الطـــابق الواحد أو متعددة الطوابق ، أو المباني المعدة للحفاظ على بعض النباتات و الزهور، أو دور التعليم، كالمدارس و الجامعـــات ، أو بقـــصد العـــلاج ، كالمستـــشفيات و المستوصفات و المصحات ، أو بهدف الترويح و التسلية ، مثل الملاهي و المسارح و دور السينما ، أو كدور العبادة ، كالمـــساجد و الكنـــائس ، أو أمـــاكن الإنتـــاج، كالمصانع و الورش ، و محال التجارة و المخازن ، أو أماكن الأكل و الشراب ،

01- Malinveaud et Jestaz : Op . Cit ; p164

02- Planiol et Riperte : Traité pratique de droit civil français, T.III, par bicard, 2 éd ; 1952, p 166.

03 - السنهوري ، المرجع السابق ، ص 121.

كالمطاعم و المقاهي إلى غير ذلك من الأبنية التي تعد لأداء أغراض معينة تغطـــي الحاجات المختلفة في المجتمع، فكل هذه تسري عليها أحكام الضمان العــشري، إذا توفرت لها شروط سريانها(1).

كما يستنتج أيضا، أن مادة الصنع أو المواد التي أقيم بها البناء ليست مؤثرة في مدى خضوع البناء لأحكام الضمان العشري (2). فلا يشترط أن يكون المبنى قــد شــيد بالطوب أو بالحجارة ، بل يجوز أن يكون مشيدا بالخشب أو بالزجاج(3)، أو بأيــة مادة أخرى كالمعادن و البلاستيك ، المهم أن يكون البناء مستقرا ثابتا في مكانــه لا يمكن نقله منه دون هدم أو تلف .

و على ذلك ، فإذا كان البناء مما يمكن نقله من مكان إلى آخر بسهولة ، دون هدم أو تلف ، مثل الأكشاك المتنقلة (Les Kiosques) و المنازل القابلة للفــك و التركيب دون هدم أو تلف و العوامات ، فلا يمكن اعتبارها بناء لعدم تــوفر طــابع الاتصال بالأرض اتصال قرار ، و بالتالي لا تنطبق عليه أحكام الضمان العشري ، بل يخضع لأحكام القواعد العامة في المسؤولية العقدية أو التقصيرية علــى حــسب الأحوال (4) .و على العكس من ذلك بالنسبة للمساكن سابقة التصنيع ، التــي يــتم تصنيعها خارج موقع العمل بمعرفة متخصصين ، ثم يتم تثبيتها فيما بعد في الأرض على نحو يجعل من الصعب نقلها من مكانها دون إتلافها أو تهدمها ، إذ تعــد مــن قبيل المباني الخاضعة لأحكام قواعد الضمان العشري (5).

01- شنب ، المرجع السابق ، ص 125 – السنهوري ، الوسيط ج 07 ، ص 107 .

02- السنهوري ، المرجع السابق ، ص 108 .

03- V. Cass.Civ , 21/03/1979 , cité par : Liet – Veaux : J.C . Respon civ , Fasc , 355-4-2.

04 – السنهوري ، المرجع السابق ، ص 108 – شنب ، المرجع السابق ، ص 125.

05- V. en ce sens:Cass.civ : 17/10/1974. D .1974, p 03; Mazeaud : Op. Cit, p 702.

و يرى البعض ، أن في ذلك توسعا واضحا في تفسير كلمة المباني بالمعنى المعروف ، إذ من الواضح أن هناك أنواعا من المباني السابقة التصنيع لا تستعصي على الفك و التركيب دون تهدم أو تلف ، و على الرغم من ذلك اعتبرت في حكم المباني بالمعنى الدقيق بحجة مجرد " صعوبة " و ليس " استحالة" مثل هذا الفك و النقل و التركيب في موقع آخر ، و مما يدل أيضا على ذلك الاتجاه التوسعي في تطبيق الضمان العشري ، أن القضاء الفرنسي قد استقر نهائيا على تفسير كلمة (édifice) تفسيرا واسعا يجعلها تشمل المدلول الواسع لكلمـــــــــة=

و لا عبرة بكون هذه المباني قد شيدت فوق سطح الأرض ، كما هو الأمر المعتاد ، الذي جرى عليه العمل منذ القدم ، أو أن تكون قد أقيمت تحتها ، و هو الأمر الكثير الانتشار في وقتنا هذا ، كالمخابئ التي تبنى تحت سطح الأرض لاستغلالها في فترة الحروب ، أو الأدوار السفلية التي تشيد تحت سطح الأرض لتستغل كمحال تجارية أو صناعية ، أو أفران ، أو مخازن (1).

أما بالنسبة للعقارات بالتخصيص، فقد اختلف الرأي حول مـدى خـضوعها للضمان العشري من عدمه، و انقسم الرأي حول هذه المسألة في الفقه الفرنسي، بين قائل بالقصر، و مناد بالامتداد، و ثالث يتوسط الأمر.

و حجة القائل بالقصر ، أن العقار بالتخصيص هو في طبيعته منقول ، رصد لخدمة العقار ، و منفعته ، فلا يعتبر من قبيل المنشآت الثابتة ، و بالتالي فلا تتحقق مسؤولية المهندس المعماري و المقاول عما يظهر فيه من خلل أو عيـب إلا وفقـا للقواعد العامة (2).

أما من نادى بالامتداد فحجته أن العقار بالتخصيص و إن كان فـي طبيعتـه منقولا، إلا أنه متى ثبت بالعقار، و رصد لخدمته، اعتبر عقارا، و يجـب أن يأخـذ حكمه، بحيث يسري عليه ما يسري على العقار من أحكام خاصة به، طالمـا لازال

=(Bâtiment) ، و من المعلوم أن المشرع الفرنسي استعمل الكلمة الأولى دون الثانية في هـذا الـصدد وأن الأولى أضيق في معناها من الثانية ، لأنها تتطلب في المعنى مواصفات خاصة من حيـث ضـخامة حجمـه و استخدام أساليب على مستوى فني مرتفع في التصميم و البناء ، بينما تنطبق الكلمة الثانية على المبـاني جميعـا دون التقيد بالقيدين من حيث الحجم أو الفن في البناء ، راجع في هذا المعنى :

Malinveaud (ph) et Jestaz (ph) :Op. Cit, p 169.

01- السنهوري ، المرجع السابق ، ص 107 - محمد حسين منصور ، الصفحة السابقة .و انظر عكس ذلك : شنب ، المرجع السابق ، ص 126 .

02- Hamonic (Léon) : Guide juridique et pratique des entrepreneurs de travaux privés . Paris. 1889 ; p 80.

أشار إليه : د . عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 672، هامش 54 - أنظر في هذا الاتجاه أيضا: السنهوري ، المرجع السابق ، ص 108.

مثبتا في مكانه من العقار و لم ينزع منه بعد (1).

أما من توسط الأمر ، فيرى لزوم التفرقة بين الأجزاء سهلة الفك و النقل دون تلف من العقار بالتخصيص ، فترجع إلى طبيعتها المنقولة ، و تأخذ حكمها ، من حيث إخضاعها لأحكام القواعد العامة ، و بين الأجزاء الأخرى من العقار بالتخصيص ، المثبتة بالعقار ، و التي لا يمكن نزعها منه دون تلف ، فهذه يجب أن تأخذ حكم العقار ، و تخضع لأحكام الضمان العشري (2) .

و مع ذلك فإن القضاء الفرنسي اعتبر بعض المنقولات في حكم المبنى و أخضعها لأحكام الضمان العشري، و من ذلك: المصاعد الكهربائية (3)، و أجهزة التدفئة المركزية (4).

و هو ما اعتمده المشرع الفرنسي بعد ذلك بموجب المرسوم التطبيقي رقم : 667- 166 المؤرخ في : 1967/12/22 ، فلم يعد هناك جدل بصدور هذا المرسوم ، حول مدى اعتبار الأعمال الخاصة بتركيب المصعد الكهربائي و أجهزة التدفئة المركزية داخلة في نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري ، لأن هذا المرسوم يفرق بين نوعين من العناصر المكونة لكل منهما ، و أخضعهما إلى نظامين من الضمان الخاص ، فبالنسبة للمصعد الكهربائي ، العناصر المثبتة في جدار البناء ، مثل الأجزاء المكونة للمجرى الحديدي الذي يتحرك في داخله المصعد تعتبر في حكم الأعمال الكبيرة لصعوبة نقلها من مكانها دون تلف أو هدم ، و من ثمة تخضع الأعمال المتعلقة بها للضمان العشري ، أما ما عدا ذلك من العناصر الأخرى ، مثل

01- شنب ، المرجع السابق ، ص 126 – محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 73 – و من الفقه الفرنسي : Labin (J.E) : La responsabilité des architectes et son assurance .Thèse . Paris, I, 1978. p 135. (La garantie décennale s'appliquait à tous les gros ouvrages intéressent les immeubles, aussi bien les ouvrages par nature que les immeubles par destination).

02- Karila :"Les responsabilité des constructeurs ".Ce qu'il vous faut savoir" Ency . Delma pour la vie des affaires " .1 éd .1981, p .24 .

03- V. Cass.Civ : 27 /01/1959, cité par : Soinne (B) ; p 462 ; note 26.

04-V.Cass.Civ .18/10/1976, cité par Albert caston : La responsabilité des constructeurs, 2 éd, 1979, p 218 ; note 74.

الخزانة ذاتها و مختلف الأسلاك الحاملة لها، فإنها تعد من قبيل الأعمال الصغيرة التي يكون الضمان فيها لمدة عامين.

و هو ما أقره بعد ذلك القانون رقم 12 بتاريخ : 04 جانفي 1978 (1) في شأن المسؤولية و التأمين في مجال أعمال البناء ، في اتجاهه التوسعي ، حيث استبدل مصطلح "édifice " بكلمة " Ouvrage" دون قيد أو وصف ، و لم يقصر المشرع دلالة هذا المصطلح على العقار في مجموعه ، بل أطلقه ليدل أيضا على الجزء أو القسم من العقار ذاته .

كما أن المشرع الفرنسي ، رغبة منه في التوسع في النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري ، لم يجعل محل وروده مقصورا على العقار في مجموعه ، أو على جزء أو قسم فيه كما أوضحنا حالا ، بل بسطه ليشمل أيضا العناصر

01- و ذلك بموجب المادتين 1792 معدلة و 1792-2 مستحدثة .

Art 1792 (L 78-12 du 04/01/1978) : (Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses élément d'équipement, le rendent impropre à sa destination.

Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère.)

Art 1792-02 : (La présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments déqipement d'un bâtiment, mais seulement lorsque **oux- à font indissociablement** corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.

Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages mentionnés à l'alinéa précédent lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage; de viabilité ; de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.

Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages mentionnés à l'alinéa précédent lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage).

التكوينية به ، و كذلك العناصر التجهيزية له ، و ذلك بشروط معينه اقتضاها في كل من المادتين 1792 المعدلة ، و 1792-2 المستحدثة (1)(2).و سنوضح المقصود بالعنصرين فيما يلي :

أ: العناصر التكوينية: Les éléments constitutifs

لم يرد بنص المادة 1792 مدني فرنسي المعاد صياغتها بالقانون رقم 12 لسنة 1978 - و التي ذكرت بها هذه العناصر، ضمن ما يرد عليه أحكام الضمان العشري - ما يدل على المقصود بهذه العناصر، فهي لم تتضمن تعريفا لها يحدد معالمها و يبين مضمونها ، و لكن يمكن القول - استدلالا بتسميتها - بأنها مجموعة العناصر التي يتكون منها العقار في مجموعه ، أو في جزء منه مثل السقف (3) ، بمعنى أنها العناصر التي تؤدي الوظيفة التشييدية في العقار ، و التي تضمن وجود و استمرار العقار نفسه .

أما عن شرط اعتبار هذه العناصر محلا ترد عليه أحكام الضمان العشري ، فتقضي المادة 1792 في صياغتها الجديدة ، بأن المعماريين يكونون مسؤولين ، بقوة القانون ، عما أقاموه من عمل ، ....، إذا كانت الأضرار - عن طريق إصابتها لأحد العناصر التكوينية في العمل، تجعله (أي العمل) غير صالح لتحقيق الغرض الذي أقيم من أجله. ففي هذه الحالة يمكن أن تكون العناصر التكوينية في العقار محلا ترد عليه أحكام هذا الضمان ، أما إذا كانت الأضرار التي أصابت العنصر التكويني ليست من الخطورة بحيث لا يترتب على إصابته بها صيرورة العقار غير صالح لتحقيق الغرض من إنشائه ، ففي هذه الحالة لا نكون بصدد تطبيق أحكام الضمان العشري ، بمعنى أن هذا العنصر لا يشكل محلا ترد عليه هذه الأحكام .

01- أنظر في نص المادتين باللغة الفرنسية ، الصفحة السابقة ، الهامش رقم 01.

02- أنظر في مضمون هذه الشروط، فيما بعد، ص 73 :77 من هذا البحث .

03- Lombois(C.I): "Responsabilité et assurance de la construction " G.P.1980, 1,p 323 , ou il décide : (L'élément constitutif est une partie matériellement distincte de l'ouvrage , mais qui entre nécessairement dans sa définition , exemple : la toiture , parce qu'une maison sans toit n'est plus une maison "

ب : العناصر التجهيزية بالعقار : Les éléments d'équipement

كما لم يرد بنصوص القانون ما يعرف العناصر التكوينية في العقار ، كـــذلك لم يرد فيه ما يعرف العناصر التجهيزية به . لكن يتضح من تقرير سبينتيا (1)، انه يقابل بين وظيفة التشييد و وظيفة التجهيز ، و بينما أناط الأولى بعناصر التكـــوين ، جعل الثانية من مهام عناصر التجهيز ، و إذا كانت الأولى مرتبطة بالموقع و المكان و البيئة التي سيشيد فيها العقار ، و من مجموعها و اندماجها بعضها مـــع الـــبعض يتكون العقار المطلوب تشييده ، فإن الثانية ، على عكسها ليس لها ارتباط بكل ذلك ، و إنما تجهز لقيام هذا العقار بتهيئته و تجهيز الموقع و المكان الذي سيشيد فيه ، كما تجهز العقار نفسه لأداء الوظائف المنوط بها آداؤها (2).

و على ذلك يعد من عناصر التجهيز جميع الإعدادات و التهيئات التـــي تـــتم داخل الموقع أو المكان الذي سيقام عليه العقار المطلوب تـــشييده (3) ، كمـــا يعـــد كذلك، أيضا ، كل ما يهيئ العقار المشيد لتأدية وظائفه التي أنشئ من أجل الوفـــاء بها. من ذلك التغطيات ، الأرضيات ، القواطع أو الفواصل ، و الأنابيب أو القنوات المختصة بالتزويد و الصرف مندمجة أو غيـــر مندمجـــة ، و كـــذلك التجهيـــزات الكهربائية و الصحية ، و كذلك مختلف التجهيزات الكهربائية و الصحية ، و أيـــضا مختلف التركيبات الميكانيكية مثل المصاعد و أجهزة التسخين المركزية و أجهـــزة التدفئة أو التهوية ، و كذلك وضع العوازل الحرارية (4).

01- Malivaud (PH) et Jestaz (PH) : Op. Cit, p 170 et s.

02- أنظر في محاولة بيان ذلك :

Lombois (C.I):Art précité , p 323, ou il décide : " L'élément d'équipement est une partie matériellement distincte (de l'ouvrage) (en quoi elle est élément) qui permet a l'ouvrage de remplir une fonction supplémentaire, exemple : La chaudière , l'appareillage sanitaire , les tentures et papier peint …."

03- Caston : Op.Cit, p 222.

04- هذا و تجدر الإشارة إلى أنه كان قد اقترح ، أثناء المناقشة البرلمانية لمـــشروع القـــانون رقـــم 12 لـــسنة 1978، أن ينص صراحة على استبعاد الأضرار الناجمة عن نقص العازل الحراري بالعقار من نطـــاق تطبيـــق الضمان العشري ، و الاكتفاء بخضوعها لضمان الإنجاز التام ، و لم هذا الاقتراح لم يكتب له النجاح ، و بـــذلك استمرت هذه الأضرار خاضعة لأحكام هذا الضمان العشري في ظل هذا القانون الأخير . و في هـــــــــذا=

و بصفة عامة تركيبات جميع الأجهزة الكهربائية و الميكانيكية التي يقتصر عمل المقاول بالنسبة لها على مجرد تركيبها ، و وضعها في مكانها المخصص لها و الذي ستؤدي منه وظيفتها ، و ذلك دون أي تغيير فيها ، أو حتى في الطريقة المرسومة لتركيبها ، و بعبارة أخرى ، تركيبها بحالتها التي كانت عليها عند تسليمها (1)(2).

و أما عن حالات اعتبار عناصر التجهيز محلا ترد عليه أحكام الضمان العشري. فقد اعتبر المشرع الفرنسي عناصر التجهيز بالعقار محلا لورود أحكام الضمان العشري في حالتين:

الأولى : نصت عليها المادة 1792 مدني بعد إعادة صياغتها بالقانون المذكور ، و هي تطابق تماما حالة عناصر التكوين ، التي سبق بيانها حالا ، و مقتضاها أن تكون الأضرار قد لحقت عنصرا من عناصر التجهيز بالعقار ، بحيث ردت هذا الأخير غير صالح لتحقيق الغرض الذي شيد من أجله (3).

الثانية: نصت عليها الفقرة الأولى من المادة 1792-2 مدني المستحدثة

=إقرار تشريعي لما درج عليه العمل في هذا الخصوص (أنظر في هذا الصدد (3) .Cass.Civ 14/06/1978 .J.C.P 1978-4, p 254.)، في حين أن الأضرار الناجمة عن نقص العازل الصوتي حذفت من نطاق تطبيق هذا الضمان العشري، بمقتضى المادة السابعة من القانون المذكور لتدخل ضمن نطاق تطبيق ضمان الإنجاز التام.

و لا شك أن المشرع الفرنسي قد أقر هذه التفرقة أخذا في الاعتبار بجسامة الضرر في كل من النوعين.

01- Caston : Op.Cit, p 223.

02- و تجدر الإشارة إلى ان المادة 13 من المرسوم 1166 لسنة 1968 ، في 1968/12/22 ، الصادر بتطبيق أحكام القانون رقم 03 لسنة 1968 ، سالف الذكر ، كانت تقضي بعدم اعتبار هذه الأجهزة من الأعمال التي تدخل في نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري أو الثنائي ، و بالتالي كانت تخضع لأحكام القواعد العامة . أنظر في ذلك : Malinvaud (PH) et Jestaz (PH) : Op.Cit, p 172

03- Groslière (J.C.I) : "La réforme de la responsabilité en matière de la construction ".R.dr.et ville 1979, n 7, p 32. Ou il décide : (On peut imaginer qu'il s'agit par exemple dans un immeuble de grande hauteur. des ascenseurs ou monte charge qui seraient incapables d'assurer leur rôle au peut que l'immeuble serait en fait inutilisable de façon normal – malgré ses escaliers de secours….".

بالقانون المذكور (1) ، و هي التي مدت قرينة المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1792 إلى الأضرار التي تصيب سلامة عناصر التجهيز في مبنى "" d'un bâtiment " ، و ليس مطلق العمل "ouvrage" ، كما هو الوضع في الحالة الأولى ، و لكن فقط بالنسبة لتلك العناصر التي تشكل جسما غير قابل للانفصال "indissociablement corps " مع أحد الأعمال المذكورة بنهاية الفقرة و هي : أعمال المنافع العامة de viabilité أو الأساس de fondation أو الهيكل d'ossature أو السياج (السور) de clos أو المظلة de couvert.

و مخافة أن تختلف وجهات النظر في فهم المقصود بعدم القابلية للانفصال indissociablement corps فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 1792 -2 سالفة الذكر على أن (يعتبر عنصر التجهيز مشكلا جسما غير قابل للانفصال مع الأعمال المنصوص عليها بالفقرة السابقة ، عندما لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون تلف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز).

و على ذلك فإذا توافر في عنصر التجهيز بالمبنى ، الوصف الذي اقتضاه المشرع الفرنسي بالفقرة الأولى و أوضح كيفية تحققه بالفقرة الثانية ، على الوجه الذي أبنا ، صار عنصر التجهيز هذا محلا ترد عليه أحكام الضمان العشري ، بمعنى أن المشيدون مسؤولين عن الأضرار التي أصابت متانة هذا العنصر و سلامته لمدة عشر سنوات اعتبارا من تاريخ التسليم .

أما إذا لم يتوافر في عنصر التجهيز بالمبنى "Bâtiment" هذا الوصف المقتضى تشريعيا، خرج عنصر التجهيز هذا عن نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري، المنصوص عليه بالمادة 1792 معدلة، و المادة 1792-2 مستحدثة (2).

01- انظر في نص المادة، فيما سبق، ص 31، هـ 01.

02- و يدخل حينئذ في نطاق تطبيق الضمان الثنائي ، أو ضمان كفاءة الأداء " La garantie de bon fonctionnement " المنصوص عليه بالمادة 1792-3 المستحدثة بذات القانون و التي تقضي بما يلي :

(عناصر التجهيز الأخرى للمبنى Bâtiment تكون موضوعا لكفاءة الأداء لمدة سنتين، بحد أدنى، اعتبارا من تاريخ تسلم العمل.)=

و يلاحظ أن المشرع الجزائري قد سار في هذا الاتجاه التوسعي في النطـــــــاق الموضوعي للضمان العشري، و العقار بالتخصيص ضمن شروط معينـــة لأحكـــام الضمان العشري و هو ما يتضح من نص المادة 181 من القانون رقــم : 95-07 المتعلق بالتأمينات ، حيث تقضي بما يلي : (الضمان المشار إليه في المـــادة 178 أعلاه (الضمان العشري) ، يغطي أيضا الأضـــرار المخلـــة بـــصلابة العناصـــر الخاصة بتجهيز بناية ما ، عندما تكون هذه العناصر جزء لا يتجزأ مـــن منجـــزات التهيئة ، و وضع الأساس ، و الهيكل و الإحاطة و التغطية .

يعتبر جزأ لا يتجزأ من الإنجاز ، كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعـــه أو تفكيكه أو استبداله دون تلف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز)(1) .

و يجب التنبيه هنا إلى أن المشرع الجزائري قد استعمل في النص المـــذكور آنفا لفظ الأضرار "Les dommages" – كما فعل مثيله الفرنسي – في غير محلـــه بالنص على أن : (الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه يغطي أيضا الأضرار المخلة ......) ، و الحقيقة خلاف ذلك ، إذ أن الأضرار هي في حد ذاتها نتيجـــة لا بد لها من مسببات ، فلا يعقل إذن أن تعرض الأضرار للخطـــر متانـــة و صـــلابة العناصر التجهيزية في البناء ، هو العيب المؤثر الذي يلحق هذه العناصر ، و ليس الأضرار التي هي نتيجة حتمية لوجود هذا العيب .

و عليه نقترح إعادة صياغة المادة 181 كالتالي: (يغطي الضمان المشار إليه فـــي المادة 178 أعلاه أيضا العيوب (و ليس الأضرار) المخلـــة بـــصلابة العناصـــر الخاصة بتجهيز بناية ما..).(2) ، و حسنا فعل المشرع الجزائري و إن كان يؤخـــذ على توسعه هذا بعض الملاحظات سنشير لها في حينها (3).

=Art .1792-3(Loi n 78-12 du 4 jan .1978) :" Les autre élément d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimal de deux ans a compter de la réception de l'ouvrage "

01- و هي تطابق نص المادة 1792 -2 المستحدثة بقانون 1978.

02- و هو الإقتراح الذي سقناه في رسالتنا للماجستير سالفة الذكر ، ص 61 .

03-و يرى جانب من الفقه ، وجوب إخضاع العقار بالتخصيص – وفقا للشروط سالفة الذكر – لأحكام الضمان العشري ، و ذلك استنادا على الحجج التالية :==

02- المنشآت الثابتة:

مد المشرع، سواء الفرنسي أو الجزائري، نطاق الضمان العشري ليشمل بالإضافة إلى المباني، عمليات إقامة المنشآت الثابتة الأخرى.و هو ما أقره المشرع الجزائري صراحة بموجب أحكام المادة 554 مدني.(1).

غير أن عبارة المنشآت الثابتة،لم تعرف ، سواء من قبل التشريع أو القضاء الجزائريين (2) ،ما عدا ما نصت عليه المادة 02/23 من القرار الوزاري المشترك آنف الذكر ، و التي صرحت بأنها : (تلك التجهيزات المرتبطة ارتباطا

- أن العيب الذي يلحق العقار بالتخصيص و إن لم يترتب عليه حدوث تهدم كلي أو جزئي في المبنى ، إلى أنه يجعل العقار في مجموعه في غالب الأحيان غير صالح لتأدية الغرض الذي أنشئ من أجله ، و مثال ذلك توقف المصعد الكهربائي في مجمع تجاري يتكون من ثلاثين طابقا .

- أن العقار بالتخصيص عادة ما يثبت بالعقار بطبيعته ، تثبيتا يصعب معه فكه أو نزعه منه دون تلف ، و حتى و إن كان ذلك في بعض أجزائه، إلا أنه ينجم عن ذلك ، عدم إمكانية تشغيله بدون هذه الأجزاء ، فيأخذ حكم التالف في مجموعه.

أنظر في هذا الرأي و هذه المبررات :عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 674 .

01- و ما ذلك إلا تنفيذا لسياسة تشريعية مقصودة من المشرعين ، تخلص في محاولة إيجاد نوع من التوازن في الحماية القانونية ، بين الصالح الخاص ، و الذي تشكل المباني الجانب الأكبر من نشاطه العقاري ،بينما لا تشكل المنشآت الثابتة الأخرى إلا جانبا ثانويا بالنسبة له ، و بين الصالح العام ، الذي – على العكس من الأول- تشكل هذه المنشآت الجانب الهام من نشاطه العقاري ، في حين لا تشكل المباني إلا جانبا ثانويا عنده ، و هذا ما يؤكد ارتباط هذا الضمان بالنظام العام . انظر في ارتباط أحكام الضمان العشري بالنظام العام ، رسالتنا للماجستير سالفة الذكر ، ص 91 و ما بعدها .

02- و رغم ما عانت منه و ما تعاني منشآتنا ، كالطرق و الجسور و غيرها ، من تهدمات و تصدعات ، إلا أن دعوى الضمان العشري لم تمارس ضد المقاولات و المهندسين المنجزين لها ، و عند استفسارنا على مستوى وزارة الأشغال العمومية تفاجأنا بالاعتقاد السائد بأن هذه الدعوى لا تمس إلا المباني ، و من بين الحجج المعطاة انعدام شركات التأمين التي تغطي هذا النوع من الضمان في المنشآت الأخرى غير المباني ، كما أن مهلة الضمان المعمول بها هنا تتراوح ما بين 06 أشهر و سنة ، أي الفترة الممتدة ما بين التسليم المؤقت و النهائي للأشغال ، أما خارج هذه المهلة فلا ضمان على عاتق مشيد هذه المنشآت .

وثيقا بالمنشآت و التي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال، و أن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل).

و الواضح أن القرار الوزاري المشترك يقصد بالمنشآت تلك العناصر التجهيزية غير قابلة للانفصال عن البناية أو المنشأة، كأجهزة التكييف المركزية chauffage central، و ملطف الهواء climatiseur و المصاعد الكهربائية، و شبكات توزيع الكهرباء و الماء.

و حسب اعتقادنا فإن هذا القرار لم يوفق في تعريفه المنشآت الثابتة، المشار إليها في المادة 554 من القانون المدني الجزائري (1).

أما في فرنسا فيذهب الفقه الحديث (2)، إلى أن أعمال البناء التي يغطيها الضمان العشري، يمكن أن تتعلق بغير المباني من المنشآت الثابتة الأخرى (3).

و هو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في الكثير من أحكامه، و من أمثلة ذلك: الأعمال المتعلقة بالسدود (4)، و الأفران (5)، و أبراج حمل الأسلاك الكهربائية و حمامات السباحة (6)، و حضانات النباتات التي تحتاج إلى جو حار لنموها(7)،

01- بيد أن هذا التعريف يوحي بإرادة المشرع نحو التوسيع في نطاق تطبيق أحكام هذا الضمان العشري ، إذ لم تعد قاصرة على المباني و المنشآت الثابتة الأخرى المذكورة في المادة 554 مدني جزائري ، و هو ما يتضح بجلاء من نص المادة 181 من القانون 95-07 المتعلق بالتأمينات . أنظر في ذلك رسالتنا للماجستير سالفة الذكر ص 62 .

02- Costa (Jean – Louis) : La responsabilité des constructeurs d'après la loi du 04/01/1972, D. S, 1979, Chro VII, p 36 – Caston : Op . Cit, p 99 – Boubli : Op. Cit, p 421.

03- أما المنشآت المنقولة فلم يخضعها للضمان العشري ، و من أمثلتها خيمة السرك ، أنظر في ذلك :
Mazeaud (H. L et J):Op . Cit , p 95 – Caston : Op .Cit , p 453 .

04- V. Cass. Civ : 05/01/1960 , G.P.1960-1-189 ;Cass. Civ : 13/06/1968 , cité par Caston , p 213 .

05- V. Cass. Civ : 05/03/1946, cité par Mazeaud (H.L et J), Traité théorique et pratique de la responsabilité délectuelle et contractuelle .T1 ; 6 éd .1965 .

06- C.E : 05/11/1965 cité par : Mazeaud (H.L et J):Op .Cit , p 95 .

07- Cass.Civ : 13/05/1968, cité par: Fossereau : Op .Cit , p20.

و الملاعب الرياضية (1)، و الخنادق (2).

و قد تعرض القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية ، و الذي رفض تطبيق أحكام الضمان العشري على عيوب ظهرت في ملعب للتنس (3)، تأسيسا على أن هذا الأخير لا يشكل بناية Un bâtiment للنقد الشديد من جانب الفقه (4)، الذي يرى في غالبيته العظمى أنه لا يشترط في المنشآت الثابتة – بالمفهوم الواسع الذي يتعين الأخذ به هنا – أن تكون فوق الأرض ، بل يصح أن تكون تحت الأرض أو في مستواها .

و قد قنن المشرع الفرنسي فيما بعد ، هذا الرأي الموسع الذي تبنته غالبية المحاكم و الشراح ، عندما استعمل مصطلح " Ouvrage " في الصياغة الجديدة للمادة 1792 من التقنين المدني ، بدلا من كلمة édifice و المستعملة في الصياغة القديمة لذلك النص ، بالنسبة لأعمال البناء الداخلة في نطاق الضمان العشري .

و يتفق الشراح الفرنسيون في تعليقهم على الصياغة الجديدة للنص ، على أن قصد المشرع من إحلال لفظ "عمل" محل لفظ "بناء" ، التوسع في معنى البناء ، ليشمل إلى جانب المباني و المنشآت الثابتة بالمعنى التقليدي ، كافة أعمال المنشآت على تنوعها ، سواء فوق سطح الأرض أو في مستواها ، أو حتى تحتها (5).

01- V.C.E 07/04/1967, J.C.P 1967-2-15103 et note Liet – Veaut.

02- Cass.Civ .15/02/1947, cité par Caston, p 213.

03-V. Cass.Civ. 09/10/1973 ; Bult .Civ .3, p 374.

04- Malinvaud (Ph) et Gastaz (Ph) : Rev. Dr. Immobilier, 1979, p.160 ; Boubli (B) : Le point de la jurisprudence sur la responsabilité des architectes et des entrepreneurs. J.C.P .1975 -1- doct-2721; N 18.

و انظر عكس هذا القرار، أين تم تطبيق أحكام الضمان العشري على إنشاء و إعداد ملاعب التنس:

Cass. Civ : 22/04/1975 ; J.C.P 1970-2-16434.

05-Malinvaud (Ph) et Gastaz (Ph) : Op. Cit; p 169; Costa: Op. Cit; p 36 ; Caston : Op. Cit ; p 99.

و راجع ما جاء في هذا المعنى في الأعمال التحضيرية لهذا النص، في الجريدة الرسمية، مجلس الشيوخ الفرنسي، جلسة 1977/11/03، ص 2545 – و في مجلس الأمة الفرنسي: جلسة 1977/12/19، ص 8518 و ص 8999.

و قد أجمع الفقه أن قانون 04 جانفي 1976 ، قد توسع توسعا كبيـــرا فـــي تفسير المقصود بأعمال البناء و التشييد التي تدخل في نطاق الضمان العـــشري ، إذ آن هذا النطاق أصبح يشمل كل الأعمال و الإنشاءات العقارية ، أيا كانت طبيعتها أو غرضها ، سواء كانت للسكنى أو لأغراض تجارية أو مهنية أو زراعية أو ترفيهية، و سواء كانت مغطاة كليا أو جزئيا أو غير ذلك ، حيث يقول الفقـــه بـــدخول هـــذه الأعمال ضمن مفهوم (العمل العقاري) بالمعنى الواسع المقصود من عبارة القـــانون الجديد (1) .

و نحن من جانبنا ، نرى أن الاعتبارات التي حذت بالقضاء الفرنسي ، و من بعده المشرع ، إلى الأخذ بالمفهوم الواسع للمنشآت الثابتة ، متواجدة و بقـــوة علـــى المستوى الجزائري ، و تبيح تطبيقها ، خاصة مع صراحة نص المادة 554 مـــدني جزائري ، و التي تضمنت عبارة "... المباني و المنشآت الثابتة الأخرى.." ، و لعل الأجدر من ذلك ، و دفعا لكل جدل حول هذه المسألة ، لو تم تعديل صـــياغة هـــذا النص بحيث تحل عبارة "الأعمال العقارية" محل عبارة " المباني و المنشآت الثابتـــة الأخرى".

ثانيا : طبيعة الأعمال ذاتهـــا : لا يكفي أن تتعلق الأعمال التي يؤديهـــا المعمـــاري بمنشآت ثابتة أو بعقارات بوجه عام ، حتى تدخل المسؤولية الناشئة عنها في نطـــاق الضمان العشري . بل من المسلم به أنه يجب فضلا عـــــــــــــــــن ذلك، أن تدخل هذه الأعمال بحسب طبيعتها ضمن دائرة أعمال البناء و التشييد ، التـــي يتحدد بها نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري ،في كل من القانونين الجزائـــري و الفرنسي .

ففيما يتعلق بالقانون الجزائري، يتضح ذلك التحديد من صريح عبارة المـــادة "أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ". ، فهذه العبارة تدل بوضوح على ضرورة اقتصار نطاق تطبيق قواعد الضمان العشري على أعمال التشييد و البناء دون غيرها مـــن الأعمال الأخرى التي يمكن أن يؤديها المشيد .

01- Malinvaud (Ph) et Gastaz (Ph) : Rev. Dr. immobilier, 1979, p.160.

و يصح ذلك أيضا بالنسبة للقانون الفرنسي، سواء الحالي أو السابق، بل و في جميع مراحله التشريعية ، استنادا إلى عبارة النصوص القانونية لهذا النوع من الضمان العشري (1).

و قد ثار التساؤل عما إذا كان المقصود بأعمال البناء و التشييد ، التي يغطيها الضمان العشري ،تلك المنحصرة في أعمال البدء في تـشييد المبـاني و المنـشآت الجديدة فحسب ، أم تمتد إلى غيرها مما يندرج تحت فكرة إنشاء أو إقامة بناء جديد، مثل أعمال التعلية (2) ، و التعديل (3) ،و الترميم (4) ، و التدعيم (5) و التجديد. لكن سرعان ما استقر أغلب الفقه (6) ، على ضرورة الأخذ بالمفهوم الواسع و لقد جاء في الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسي رقـم 12 لـسنة 1978 ، مـا يفيـد بوضوح تام ، اتجاه المشرع الفرنسي فيه نحو الاعتراف بما استقر عليه رأي الفقـه و القضاء في هذا الصدد ، من وجوب الأخذ بالمفهوم الواسع لأعمـال التـشييد و البناء، و رفض ما ذهب إليه البعض من التقيد بالمفهوم الضيق (7).

01-و ذلك ابتداء من التقنين المدني الفرنسي في صيغته الأصلية التي كان عليها سنة 1804 ، حيث كانت المادة 1792 منه ، تشير إلى "البناء المشيد" و إلى "عيب البناء" ، و حيث كانت المادة 2270 تشير إلى "الأعمال التـي قاموا بها أو أشرفوا عليها " ، و لم يتغير هذا الوضع بعد تعديل صياغة هاتين المادتين بمقتضى القانون رقم 03 لسنة 1967 ، و لا بمقتضى القانون الأخير :"في شأن المسؤولية و التامين في مجال أعمال التشييد" ، راجع في هذا المعنى : Boubli : Op.Cit, p 242 ; Mazeaud : op. Cit, p 805

02- يقصد بتعلية البناء، الزيادة في عدد الطوابق على البناء القائم من قبل.

03- يقصد بتعديل البناء، تغيير معالمه، أو تغيير الغرض المعد من أجله بتحويله مثلا من مسكن إلى متجـر أو تحويل شقة واحدة إلى عدة شقق مستقلة.

04- يقصد بترميم المبنى ، الربط بين أجزاء البناء و إزالة الشروخ الموجودة فيه .

05- يقصد بتدعيم المبنى، تقوية البناء، مثل هدم جار متصدع و إعادة بناءه من جديد لتقوية المبنى كله .

06- أنظر في ذلك : السنهوري ص 107 ، حيث يقول (تدخل الترميمات اللازمة للأجزاء الرئيسية للمباني و هي الأجزاء التي تعتمد عليها سلامة المباني و متانتها ، في مفهوم أعمال البناء الخاضعة للضمان الخاص)- و من الفقه الفرنسي : Boubli : Op. Cit, p 24 ; Caston : Op.Cit, p 99.

07- اقترح أثناء مناقشة مشروع القانون الفرنسي لتعديل نص المادة 1792 ، بحيث ينص فيه صـراحة علـى بيان أهم الأعمال التي تدخل ضمن هذا المفهوم الواسع ، غير أعمال البدء في تشييد المباني و المنشآت الجديدة ، لكن مثل هذا الاقتراح قوبل بالرفض تأسيسا أنه يقرر حقيقة من البداهة ، لا تحتاج للنص عليها صراحة ، راجع في تفاصيل ذلك : المذكرة الإيضاحية للنص ، الجريدة الرسمية 1977/12/19 ص 8977 ، أشار إليها محمد=

و هكذا فإن أعمال الترميمات و الإصلاحات الكبيرة ، و أعمال التجديد و التدعيم و التوسيع و التعلية و كذا أعمال الصيانة الكبيرة التي تمس الأجزاء الرئيسية من العقار أو ملحقاته ، كل هذه الأعمال التي تتم على مستوى عقارات موجودة من قبل، لا تخضع للقواعد العامة في المسؤولية العقدية ، بل تحكمها قواعد و أحكام الضمان العشري ، متى كانت هذه الأعمال تتم على هيكل العقار أو الأجزاء الرئيسية فيه ، بحيث يترتب على الأداء المعيب لها حدوث تهدم كلي أو جزئي في البناء ، أو تهديد لمتانة العقار و سلامته أو حتى جعله غير صالح للهدف الذي أنشئ من أجله (1).

و نحن من جانبنا نميل نحو هذا الاتجاه، ذلك أن هذه الأعمال أحيانا، قد تكون من الجسامة، بحيث تفوق في تكلفتها، ما سبق أن تكلفه إنشاء العقار نفسه.

أما فيما يتعلق بأعمال الدهان و البياض و الديكور، فإنها تخرج من دائرة الأعمال الخاضعة للضمان العشري، لأنه ليس من شأنها أن تهدد سلامة البناء و متانته أصلا، فضلا عن أنها لا تعد من قبيل الأعمال و التشييد (2).

و يصح هذا الاتجاه الذي سار عليه القضاء الفرنسي، و أيده التشريع بعد ذلك، في ظل القانون الوضعي الجزائري.

= ناجي ياقوت ، المرجع السابق ص 94.

01 - SOINE (B) : La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux. Deux T.Paris .1969, p459

02- Caston : Op. Cit p 99 ; Karila : Op. Cit, p 29.

المبحث الثاني

ضرورة وجود أضرار تدعو للضمان العشري

من الثابت أن الضمان العشري للمشيدين المقرر في المادة 554 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري ، و المادتين 1792 و 2270 مدني فرنسـي ، لا يغطي كل ضرر يترتب على أعمال في مجال التشييد و البنـاء ، بل لا بد أن تتوفر في الضرر المراد تغطيته ، شروط معينـة ، بعـضها يتـصل بخطورته ، و آخر يتعلق بخفائه ، و الأخير يخص حدوث الـضرر خـلال مـدة الضمان .

قد عرفت هذه الشروط تطورا ملحوظا خاصة في التشريع الفرنسي، سـاهم فيه بدور كبير كل من الفقه و القضاء.

و سوف نتناول كل واحد من هذه القيود التي نص عليها المشرع أو اسـتقر الفقه على القول بضرورة وجودها و التقيد بها عند تحديد النطـاق الموضـوعي للضمان العشري .

و تبعا لذلك نفرد لكل واحد منها مطلبا مستقلا كما يلي :

المطلب الأول: شرط الخطورة.

المطلب الثاني: شرط الخفـاء.

المطلب الثالث: شرط المـدة.

المطلب الأول شرط الخطورة

لا يشمل الضمان العشري للمشيدين، كل أنواع الأضرار التي تصيب المباني و المنشآت المقامة، بل يقتصر نطاقه وفقا لصريح المادة 554 مــدني جزائــري، المقابلة للمادتين 1792 و 2270 مدني فرنسي-كما يفسرها الفقــه التقليــدي فــي فرنسا – على الأضرار الخطيرة فقط.(1)

و خطورة الضرر حسب مقتضيات المــادة 554 مــدني جزائــري، تمتــد بالإضافة إلى " التهدم الكلي أو الجزئي " في المباني و المنشآت الثابتة إلى " تهديد متانة البناء و سلامته" و لو لم يقع التهدم بالفعل.(2)

أما في القانون الفرنسي فإن فكرة الضرر الخطير مرت بمراحل مختلفة (3)، قبل أن تتبلور في شكلها الوارد بأحكام المادة 1792 مدني، في صيغتها المعدلـــــــة.

01- و هو شرط أجمع عليه الفقه الفرنسي، أنظر في ذلك:

Mazeaut : Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle , p 951.

02– Malinvaud (Ph) et Gestaz (Ph) : Droit de la promotion immobilière, 2 éd, Paris, 1980 , p 164 .

كما أجمع الفقه المصري حول ضرورة تحقق هذا الشرط ، أنظر في ذلك : السنهوري ، المرجع السابق ، ص 113 – شنب ، المرجع السابق ، ص 116 – محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 66 .

02-إذ تقضي المادة 01/554 مدني جزائري بما يلي:(يضمن المهندس المعماري و المقاول متــضامنين، مـــا يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، و لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض.

و يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني و المنشآت من عيوب يترتــب عليهـــا تهديد متانة البناء و سلامته).

03- و تجدر الإشارة هنا إلى أن المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي ، كانت تقصر الــضمان العــشري على الهلاك الكلي أو الجزئي للمبنى فقط دون ان تمدها إلى العيوب التي تهدد متانة البناء و سلامته ، ســواء في قانون 1804 ، أو بعد تعديلها بقانون 13 جانفي 1967 ، و مع ذلك فإن القضاء لم يلتزم بحرفيـــة نــص المادة 1792 ، و مد الضمان العشري إلى العيوب الخطيرة التي تظهر في البناء ، و التي من شأنها أن تهــدد متانة البناء ، و لم يشترط أن يتهدم البناء بالفعل ، و هو ما قننه المشرع الفرنسي بعد ذلك بموجــب إصـــلاح 1978 .

بقانون 04 جانفي 1978 ، و التي تقضي في مادتها الأولى بمـــا يلـــي : " كــل معماري يتولى تشييد عمل ، يكون مسؤولا بقوة القانون قبل رب العمـــل أو مـــن يكتسب ملكية العمل ، عن الأضرار حتى تلك الناتجة عن عيب فـــي الأرض ، و التي تعرض للخطر متانة العمل أو التي تصيبه في أحد عناصـــره التجهيزيـــة ، و التي يترتب عليها أن يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد من أجله "(1).

و تضيف في فقرتها الثانية حالة أخرى للضرر صنفتها ضـــمن الخطـــورة بقولها : "قرينة المسؤولية المنصوص عليها في المـــادة 1792 ، تـــشمل أيـــضا الأضرار التي تؤثر في متابعة عناصر التجهيز في المبنى ، و لكن فقط إذا كانـــت هذه العناصر تشكل جسما ، على نحو غير قابل للانفصال ، مع أعمـــال المنـــافع العامة للمبنى ، أو مع الأعمال المتعلقة بتأسيـــسه ، أو بهيكلـــه ، أو بأســـواره أو بمظلاته .

و يعتبر عنصر التجهيز مشكلا جسما على نحو غير قابل للانفـــصال ، مـــع أحد الأعمال المشار إليها في الفقرة السابقة ، إذا كان لا يمكن تركيبه أو رفعـــه أو استبداله بدون تهدم أو إتلاف أو رفع مواد من هذا العمل ".(2)

و الأكثر من كل ذلك أن المادة 1792 مدت في فقرتيها الثالثـــة و الـــسادسة مـــسؤولية المـــشيدين إلـــى حـــالتين صـــنفتهما ضـــمن الـــضرر الخطيـــر ،

01- Art 1792: (Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit , envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage , des dommages , même résultant d'un vice du sol , qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui , l'affectant dans l'un de ses élément d'équipement , le rendent impropre à sa destination .)

02-Art 1792/2 : (La présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend Également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un bâtiment, mais seulement lorsque ceux – ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.

Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages mentionnés à l'alinéa précédent lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage."

و يتعلق الأمر هنا : بحالة ضمان أداء الوظائف ، و تغطية الأضـــرار المتعلقـــة بتشغيل العناصر التجهيزية للبناء ، القابلة للانفصال عنه ، أي تلك التي لا تـــشكل جسما على نحو غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال التأسيسية المنصوص عنهـــا في الفقرة الثانية (1) ، و حالة ضمان تمام التـــشطيب ، و تغطـــي كافـــة أنـــواع الأضرار و العيوب التي يتم اكتشافها في العمل ، بعد تـــسليمه مقبـــولا مـــن رب العمل، بقطع النظر عن خطورة هذه العيوب أو موضعها في البناء (2) .

و بناء على ما سبق يتضح، أن العيب الموجب للضمان ينقسم إلى مـــا هـــو محدث للتهدم الكلي أو الجزئي في البناء، أو إلى ما هو مؤثر فـــي البنـــاء.لـــذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين، يخصص الأول للتهدم الكلي أو الجزئي للبناء، أما الثاني فيكون موضوعه العيب المؤثر.

الفرع الأول: التهدم الكلي أو الجزئي:

بناء على ما سبق، الضرر في مفهوم التشريعين – الجزائري و الفرنـــسي – يتضمن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء أو المنشأ الثابت، و إذا كانت صياغة المـــادة 554 مدني جزائري جاءت واضحة في هذا الصدد، فالمادة 1792مدني فرنـــسي، جاءت بعبارة "qui compromettant la solidité" أي " تعرض للخطر متانـــة البناء" (3)، و المشرع الفرنسي قد قصد من وراء ذلك توسيع نطاق الضمـــــــان

01- إذ تنص المادة 03/1792 المضافة بقانون 04 جانفي 1978 على أنه: (عناصر التجهيز الأخـــرى فـــي المبنى تكون محلا لضمان حسن أدائها لوظائفها لمدة سنتين من تاريخ تقبل العمل)

Art1792/3 :(Les autres éléments d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimal de deux ans à compter de la réception de l'ouvrage)

02- Art 1972/6 (2) : (La garantie de parfait achèvement à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception s'étend à un la réparation de tout les désordres signalés au moyen de réserves mentionnées au procès – verbal de réception, soit par voie de notification écrit pour ceux révèles postérieurement à la réception).

03- و المادة 17792 من تقنين نابليون لسنة 1804 كانت تنص صراحة على التهدم الكلي أو الجزئي و ذلك بقولها : (يكون المهندس المعماري و مقاول البناء مسئولين عن التهدم الكلي أو الجزئي فيما شيداه من منشآت=

العشري للمشيدين ، بألا يتطلب لهذا التطبيق ضرورة التهدم الكلي أو الجزئي ، و إنما يكفي مجرد تهديد متانة البناء ، أو يصبح غير صالح لمــــــا أنــشئ مــن أجله (1).

و الهدم (2) لغة هو "نقض البناء " ، بمعنى انحلال الرابطة التي تربط بــين أجزائه (3) ، و هو أخطر صور الأضرار التي يمكــن أن تــصيب المبــاني أو المنشآت الثابتة على الإطلاق ، على إثر خطأ أو إهمال مهني من جانب المــشيد ، كسقوط جزء من السقف أو الشرفة ، و التهدم المقصود هنا هو التهدم غير الإرادي الراجع إلى سوء الصنعة أو سوء المواد المستعملة (4) .

و التهدم سواء كان كليا أو جزئيا يرجع سببه كما سبق و أن أشرنا، إلــى وجــود عيب في البناء أو المنشأ الثابت، كأن تكون المواد التي استعملت في تشييده غيــر صالحة ، أو ليست بالجودة المطلوبة ، أو تكون الطريقة التي شيد علــى منوالهــا البناء مخالفة لقواعد الفن و الصنعة ، أو تكون أشغال البناء قد نفذت وفق تصاميم معيبة، و قد يكون سببه راجعا إلى عيب في البناء أو المنشأ الثابت (5)، كما قــد يكون العيب في عملية التشييد و البناء راجعا إلى عدم مراعاة الترتيب الزمني بين العمليات المختلفة المكونة للبناء أو المنشأ الثابت ، بحيث لم تأخذ كل عملية من هذه

= إذا نتج هذا التهدم عن عيب في البناء ، أو حتى عن عيب في الأرض ، و كان البناء قد شيد بــأجر مقــدر جزافا ، و ذلك لمدة عشر سنوات).

Art 1792 : (Si l'édifice construit à prix fait , périt en tout ou en partie par le vice de la construction , même par le vice du sol , les architectes et entrepreneur en son responsables pendant dix ans".

01-د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 114 – د. عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 697.

02- أنظر في تعريف التهدم كما سيأتي رسالتنا للماجستير المذكورة آنفا ، ص 65 و 66.

03- د. شنب ، المرجع السابق ، ص 126.

04- كامل فؤاد : المرجع السابق ، ص 132 .

05- د . محمد حسين منصور ، المسؤولية المعمارية في حوادث و انهيار المباني ، أثناء و بعــد التــشييد و التأمين الإجباري عنها ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون طبعة ، ص 85 .

العمليات حظها الكافي من الوقت كي يتم جفافها و تكتمل صلابتها، حتى تكون قادرة على حمل المراحل التالية عليها.

و رب العمل كمستفيد من الضمان العشري ، غير ملزم بإثبات أن حدوث التهدم الكلي أو الجزئي في البناء أو المنشأ الثابت يرجع سببه إلى إحدى تلك العيوب ، استنادا إلى قرينة المسؤولية (présomption de responsabilité) التي استقر عليها القضاء الفرنسي منذ قرار مجلس الدولة المؤرخ ي : 02 فيفري 1973 (1) و الذي قرر أن الضمان العشري الوارد في المادتين 1792 و 2270 يرتكز على قرينة المسؤولية ،و مقتضاها أن كل عيب في البناء يرجع إلى خطأ المشيد ، و لا يمكن التخلص من هذه المسؤولية من طرف المشيد إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ رب العمل .

و في هذا الصدد ، يرى الأستاذ Mazeaud ، أنه عندما تكون المسؤولية مفترضة ، فإن القرينة تكون مزدوجة ، بمعنى أن الضرر أو الخلل نجم عن عيب في البناء، و أن هذا العيب منسوب إلى خطأ المشيد ، فالشق الأول من هذه القرينة يقبل إثبات العكس ، أما الشق الثاني فلا يسقط إلا بإثبات السبب الأجنبي (2).
إذ يفترض بمجرد حدوث التهدم دون البحث في السبب الناجم عنه (3).

و قرينة المسؤولية هذه ، تم تأكيدها بعد ذلك بموجب قانون 4/01/ 1978 ، أين قضت المادة 1792 في فقرتها الأولى بما يلي : " كل معماري مسؤول بقوة القانون في مواجهة رب العمل ..."، غير أن هذه القرينة تختلف عن

01-و يسمى بقرار (Trannoy) ، و يدور موضوعه ، حول إصلاح أضرار اللاحقة بسقف عمارة مدرسة ، هذا الإصلاح نتج عنه عيوب في مانع تسرب الماء و الحرارة إلى السقف ، التصميم المقترح لهذا الإصلاح أو المواد المستعملة ، كانت مطابقة للمقاييس المعمول بها في ذلك الوقت ، و بالتالي لا يمكن نسب إي خطأ سواء بالنسبة للمهندس الذي اختار إجراءات الإصلاح ، أو المقاول الذي اختار المواد المستعملة .
لذلك ، ذهب مجلس الدولة إلى الحكم بالتضامن في المسؤولية بين كل من المهندس و المقاول ، ولا يمكن دحض هذه القرينة إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ رب العمل .

02- Mazeaud : Op, Cit ; p 9

03- د . محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 85.

تلك المشار إليها سابقا، في أنه لا يمكن هدمها إلا بإثبات أن الأضرار ناجمة عن سبب أجنبي (1).

و إذا لم يكن ثمة خلاف بالنسبة لتطبيق أحكام الضمان العشري عندما يكون التهدم – كليا كان ام جزئيا – ناشئا عن أسباب مادية على النحو الذي بيناها سالفا، فإن الخلاف قد ثار بالنسبة لهذا التطبيق – لا سيما في الفقه الفرنسي – عندما يكون التهدم راجعا إلى عيب قانوني شاب عملية التشييد و البناء (2) .

فبينما يذهب الفقه الغالب في فرنسا – اتفاقا مع قصد المشرع – إلى ضرورة تطبيق أحكام الضمان العشري في هذه الحالة ، حيث لا يرى هذا الغالب من الفقه وجها للتفرقة بين عيب مادي و عيب قانوني ، طالما كانت النتيجة التي أفضى إليها كل من العيبين واحدة ، و هي حدوث التهدم الكلي أو الجزئي بالعقار ، فهذه النتيجة بذاتها كافية لتبرير تطبيق أحكام هذا الضمان ، طالما لم يستطع المشيد ، مهندسا كان أو مقاولا ، إثبات قيام السبب الأجنبي الذي أدى إلى قيام هذا العيب أو ذاك في العقار الذي تم تشييده (3).

إلا أن جانبا آخر من الفقه الفرنسي (4) يذهب – على العكس من ذلك تمسكا بحرفية النص – إلى عدم تطبيق أحكام هذا الضان ، في حالة العيب القانوني ، و لو أدى هذا العيب على التهدم الكلي أو الجزئي للعقار المشيد . ذلك ان المادة 1792 مدني فرنسي لم تنص إلا على حالة حدوث التهدم الكلي او الجزئي بسبب عيب شاب عملية البناء و التشييد او بسبب عيب قام بالأرض ذاتها ، التي شيد

01- Jean Dufau: La responsabilité des constructeurs, J.C. ad, Fasc. 86006,02/ 2005, n 47.

02- كأن تكون هذه العملية قد تمت بالتعدي على ملك الغير ، او بمخالفة القانون ، و بإهدار حق ارتفاق مقرر قانونا .

03- Planiol et Riperte : Op .cit ;P192 - 04- Bricmont (G) : La responsabilité des architectes et entrepreneurs en droit belge et droit français . Bruxelles- Paris, 2 éd, 1965 ; P 50 .

04- Mazeaud : Op, Cit ; p91 .

فوقها العقار . أما ما عدا ذلك من عيوب ، فلا تسري عليها أحكام هــذه المــادة ، حتى و لو أدت إلى تهدم – أو هدم – العقار المشيد ، كليا او جزئيا .

و نميل نحن إلى الأخذ بالرأي الأول ، لاتفاقه مه روح التشريع ، و ما يهدف إليه من بسط للحماية القانونية على كل من الصالحين العام و الخاص .

هذا عن سبب التهدم أو كيفيته ، أما عن كمه ، فلم يتطلب التــشريعـــــان – الجزائري و الفرنسي – كما معينا لتطبيق أحكــام هــذا الــضمان الخـــاص بالمشيدين ، فهذا الأخير يكون محلا للتطبيق عند حدوث التهدم بالبنـــاء أو المنــشأ الثابت ، سواء كان هذا التهدم كليا بأن تقوض البناء أو المنشأ الثابت عن آخره ، أو كان جزئيا فقط ، بأن كان قاصرا على جزء معين دون غيره من باقي أجزاء البناء أو المنشأ الثابت (1) كسقوط شرفة ، أو تهدم جدار ، أو انخساف جزء من أرضية البناء ، ترتب عليه تهدم في الجزء الذي يعلوها .و يعتبر أيضا تهدما موجبا لتطبيق أحكام الضمان العشري سقوط جسر أو انكسار أو تشقق أرضــية الطريــق ، أو انهيار الآبار و المصارف التي قام بها المشيدون (2).

و هكذا لم يشترط أي من التشريعين شروطا معينة ، يجب توفرها في التهدم، حتى يمكن القول بتطبيق أحكام الضمان العشري ، بل أن مجرد حدوث ذلك التهدم –كليا كان أم جزئيا – بأي صفة كانت ، و في أي شكل تم ، و سواء كان مــستندا في أساسه على سبب مادي أو قانوني ، كاف بذاته للقول بانعقاد أحكام هذا الضمان على كاهل المشيد .

<u>الفرع الثاني : العيب المؤثر</u>

يؤخذ من نص المادتين 1792 معدلة و 1792- 02 مستحدثة (3)، أن العيب

01- راجع في هذا المعنى نص المادة 554 مدني جزائري – أنظر أيضا: د. محمد شكري سرور، المرجع السابق ، ص 702 – د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 75.

02- د. عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 702 .

03- إذ تقضي المادة 1792 من قانون 1978/01/04 بمايلي : (كل معماري يشيد عملا ، يكــون مــسؤولا بقوة القانون ، في مواجهة رب العمل ، أو من يتلقى ملكيته ، عن الأضرار ، حتى تلك التي تكون ناتجة بسبب عيب في الأرض ذاتها و التي تعرض للخطر متانة هذا العمل و سلامته ، أو تلك التي ، عن طريق تأثيرهــا في أحد العناصر التكوينية فيه أو التجهيزية به ، تجعله غير صالح لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله ...)=

المؤثر أو الموجب لتطبيق أحكام الضمان العشري، ثلاثة أنواع:

01- العيوب التي تعرض للخطر متانة العمل الذي تم تشييده و سلامته.

02- العيوب التي تجعل العمل غير صالح للغرض الذي أنشئ من أجله ، و ذلك عن طريق تأثيره في أحد عناصره التجهيزية أو التكوينية .

03-العيوب التي تؤثر في متانة و سلامة أحد عناصر المبنى "bâtiment" التجهيزية و الذي يشكل جسما غير قابل للانفصال "indissociablement corps" مع أحد الأعمال التالية في المبنى : المنافع العامة "de viabilité" أو الأساس "de fondation" أو الهيكل "d'ossature" أو السور "de clos" أو المظلة " le couvert" .

و المشرع الجزائري و إن كان تناول الحالة الأولى بموجب المادة 554 من التقنين المدني ، و الحالة الثالثة بموجب المادة 181 من القانون رقم : 07/95 المتعلق بالتأمينات (1)، و أخضعهما للضمان العشري ، إلا أن الحالة الثانية للعيوب ،التي نص عليها المشرع الفرنسي ، و المتعلقة بتلك التي تجعل العمل غير صالح للغرض الذي أنشئ من أجله ، غابت عن أحكامه .

و بناء على ما سبق ، نتناول هذا الفرع في ثلاثة محاور ، يكون الأول للعيب المهدد لمتانة البناء و سلامته ، و الثاني للعيوب التي تجعل العقار المشيد غير صالح لتحقيق غرضه ، أما الثالث فيخص العيوب المؤثرة في متانة و سلامة عناصر التجهيز في المبنى .

أولا : تهديد متانة العمل و سلامته :

و هو ما جاء به المشرع الجزائري صراحة بموجب أحكام المادة 554 من القانون المدني ، و ذلك بقوله : (.......و يشمل الضمان المنصوص عليه في

=كما تقضي المادة 02/1792 بما يلي: (قرينة المسؤولية ، المنصوص عليها بالمادة 1792 السابقة ، تمتد أيضا لتشمل الأضرار التي تؤثر في متانة عناصر التجهيز بالمبنى ، و لكن فقط بالنسبة لما يشكل منها جسما غير قابل للانفصال مع أعمال المنافع العامة ، أو الأساس ، أو هيكل البناء ، أو سياجه ، أو مظلته .)

01- و هي تطابق نص المادة 2/1792 من التقنين المدني الفرنسي المشار إليها سابقا.

الفقرة السابقة ما يوجد في المباني و المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء و سلامته..) .

غير أن هذا التوسع في مفهوم العيب الموجب للضمان، لم يصل إليه المشرع الفرنسي حتى سنة 1978 كما سبق و أن أشرنا، إذ كانت المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي تستلزم صراحة لإعمال أحكام الضمان العشري، هلاك المبنى كليا أو جزئيا، و قد جرى على نفس النسق أيضا تعديل 1967 (1).

إلا أن القضاء الفرنسي لم يقف عند حرفية نصوص المجموعة المدنية، و لم يستلزم لأعمال أحكام الضمان العشري حدوث هلاك للمبنى، و إنما اكتفى بظهور عيب خطير فيه يهدد متانته.و تطبيقا لذلك ، قضي بأنه يعتبر عيبا جسيما يعرض للخطر متانة البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، و بالتالي يخضع لأحكام هذه المسؤولية الخاصة :

01- الهبوط في أرضيات البناء الناتج عن استعمال أخشاب ضعيفة (2).

02- استعمال أخشاب معيبة في البناء (3).

03- عمل سقف ثقيل جدا بالنسبة للهيكل الذي يحمله مما يؤدي إلى الانهيار (4).

01-و يستلزم بعض الشراح الفرنسيين في العيب المؤدي إلى إعمال الضمان العشري ، أن يؤدي إلى هلاك كل أو جزئي للمبنى ، أنظر : Fossereau (G) :La claire – obscure de la responsabilité des constructeurs , D.1977, chronique III, p 19.

02-V. par ex : Cass.Civ : 20/06/1966 .Bult . civ .1966 , p 289 , n 375 ; Cass.Civ : 21/11/1972 .Bult . Civ .1972, p 455, n 618 ; Cass. Civ : 28/02/1969.Bult civ .1969, p 137, n 180.

03- Arrêt de cour d'appel. Pari : 11/01/1845, cité par, Hamonic (Léon) : Guide juridique et pratique des entrepreneurs de travaux privés. Paris, 1899.p .79. (L'affaissement des planchers provenant de la faiblesse de bois)

أشار إليه : عبد الرازق حسين ياسين : المرجع السابق ، ص 413.

et en même sens : .C.E :03/11/1967 , cité par Gabold : La responsabilité décennale en droit public . Juris- classeur périodique .1968 -1-2191.n 13.

04- Paris : 28/12/1871, cité par Hamonic, op.cit, p 80 (L'emploi de bois défectueux)

04- عيوب التشييد التي تلحق بالبناء فتجعل الدور الأرضي منه رطبا للغاية و غير صحي، أو تجعل خزان مياه الصرف الصحي، رطبا جدا و غير صالح للاستعمال (1).

و على وجه العموم كل العيوب التي من شأنها أن تصيب العناصر الرئيسية في البناء مثل الأساسات ، و الجدران ، و الأسقف ، و التركيبات الميكانيكية أو الكهربائية الكبيرة بالبناء أو المنشأ الثابت الآخر (2).كما قضي بأنه لا يعتبر عيبا خطيرا يعرض للخطر متانة البناء أو المنشأ الثابت ، و بالتالي لا يخضع لأحكام الضمان العشري ، بل تحكمه القواعد العامة في المسؤولية من عقدية و تقصيرية على حسب الأحوال ، ما يلي :

01- وضع بعض الأحجار المعيبة على حافة حوض (3).

02- وجود أحجار مشقوقة في جدار الواجهة الذي لا يرتكز عليه شيء (4).

03- سقوط التمليط و دهانات الأسقف في فصل دراسي (5).

والمشرع الفرنسي سار في تعديل 1978 في هذا الاتجاه، الذي اطردت عليه أحكام القضاء الفرنسي، حيث استبدل عبارة " التهدم الكلي أو الجزئي " Périt en tout ou en partie بلفظ " الأضرار " "des dommages (6).

01- Trib. Civ . De la seine : 16/07/1880, cité par Hamonic : Op.Cit, p 80. (Le fait d'établir une couverture trop lourd pour la charpente qui la supporte, ce qui amène l'écroulement)

02- Gabold : Art précité, n 15.

03- C.E : 25/07/1872, Rec. Lebon, p 474 .

أشار إليه، عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 851، هامش 72.

04- C.E : 25/07/1872, Rec. Lebon, p 194 .

أشار إليه، عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 851، هامش 73.

05 - C.E : 25/07/1872, Rec. Lebon, p104.

أشار إليه، عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 851، هامش 74.

06- المشرع الفرنسي أخطأ في صياغته للمادة 1792 ، عندما استعمل لفظ الأضرار ، ذلك أن ما يعرض للخطر متانة البناء و سلامته ، أو يخرجه عن دائرة تحقيق غرضه ، أو يؤثر في متانة و سلامة عنصر ==

و قد جاء ذلك صراحة في المادة 1792 مدني معدل (1)، و يقصد بذلك أنه نتيجة هذا العيب تكون المدة المتوقع للبناء البقاء خلالها و الاستمرار، أقل بكثير من المدة التي كانت منتظرة له ، و أنه صار بسبب هذه الأضرار و العيوب وشيك التلــف Périt كما قالت 1792 قبل إعادة صياغتها بهذا القانون الأخير (2).

و بالرجوع إلى نص المادة 1792 مدني فرنسي ، نجد أنهــا تتحــدث عــن تعريض متانة العمل و سلامته للخطر ، و المقصود بالعمل هنا ، العقار المشيد في مجموعه ، فلا يهم مكان الضرر أو العيب في هذا العمل (3) ، سواء كان مستقرا في العقار في مجموعه ، أو في جزء من أجزائه ، أو في واحــد أو أكثــر مــن عناصر التكوين فيه ، أو عناصر التجهيز .

كما لا يهم شكل هذا العيب ، تشققات رأسية أو أفقية ، خلــل فــي الأساســات أو الأعمدة ، إلى غير ذلك من العيوب التي يمكن أن تظهر بالعقار بعد تسلمه ، إنمــا المقتضى من كل ذلك أن يكون من شأن هذه العيوب على اخــتلاف مواضــعها و أشكالها أن تعرض للخطر متانة العمل المشيد و سلامته (4).

أما فيما يتعلق بتقدير خطورة العيب الموجود بالبناء أو المنشأ الثابت الأخر، و عما إذا كان من شأنه أن يهدد متانة البناء و سلامته من عدمه ، فــإن الأمــر لا يعدو أن يكون مسألة واقع يختص بها قاضي الموضوع ، و يقدرها بــالنظر إلــى ظروف كل دعوى على حدة (5) .

== تجهيزي في المبنى ، ليست الأضرار ، بل هي العيوب التي تلحق العمل . أنظر في نقد صياغة هذه المادة، عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 903.

01- أنظر ، ص 57 من هذا البحث ، هامش 01.

02- V. en ce sens : Lombois(C) : Art précité, p322.

03- Karila : précité, p 34; Boubli : La responsabilité des constructeurs dans la lois du 04 Jan .1978, R. tri.D. imm .19, p.1 .

04- Peisse (M) : La réforme de la responsabilité des constructeurs aux termes de la loi du 04 /01/1978, R .D.Ad ,juin 1979, p.10

05- Fossereau : Art précité, p 21..

و تطبيقا لأحكام المادة 1792 معدلة، قضي بأن العيوب الأتي ذكرها، تشكل تهديدا لمتانة البناء و سلامته:

01- العيب الموجود في الجدران (1).

02- العيب الموجود في الأساسات (2).

03- العيب الموجود في خرسانة العمارة (3).

و بمفهوم المخالفة لما سبق ، إذا كانت العيوب التي شابت العمل في مجموعه تافهة ، أو حتى على قدر من الخطورة ، لكن لم يصل حد تعريض متانة العمل و سلامته للخطر ، فإنها لا تشكل بذلك نطاقا موضوعيا لتطبيق أحكام الضمان العشري (4).و تطبيقا لذلك ، قضي بخروجها من نطاق الضمان العشري، العيوب الآتي ذكرها :

01- تسربات طفيفة على سطح حوض سباحة (5).

02- تسربات طفيفة في مسكن العمارة (6).

كما قضي تطبيقا لذلك ، بنقض الحكم الذي ألزم المهندس المعماري بإصلاح الخلل المدعى به في الأرضية الخشبية للعقار وفقا للمادة 1972 مدني فرنسي ، لأنه لم يبين في حيثياته ، ما إذا كان قد ترتب على هذا الخلل تعريض متانة هذا العقار و سلامته للخطر من عدمه (7).كما قضي أيضا تطبيقا لهذا الشرط ، بأن الشروخ أو

01- C.E, 11/02/1984, Rec. CE 1984, p 670

02 - C.E, 4/05/1984, Rec.CE.1984, P 672

03- C.E, 21/05/1990, R.D.imm .1990, P 364

04 – أنظر في هذا المعنى : د. عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 908.

05- C.E, 25/04/1990, R.D pub .1991, p 311.

06- C.E, 31/01/1991, R.D pub .1991, p 311.

07- Cass. Civ, 07/06/1978, J.C.P, 1978- 4- 244.

بينما قضي في قضية أخرى بتطبيق قواعد الضمان العشري للمادة 1792 مدني فرنسي ، فيما يتعلق بالضرر المتمثل في استعمال أخشاب "مسوسة" بحشرات قارضة ، في إقامة البناء ، طالما اتضح من الخبرة أن من شأنه تعريض متانة البناء في مجموعه للخطر :

Cass. Civ : 31/01/1969, J.C.P, 1969-2-15937, n 11, obs. Liet – veaux.

التشققات البسيطة أو قليلة الأهمية ، التي ظهرت في جدران المنزل ، و التي لا يترتب عليها المساس بمتانة هذا المنزل أو بسلامته ، و إنما تقتصر نتائجها الضارة على مجرد الإخلال بما ينبغي أن يكون عليه المبنى من تناسق و جمال فني ، لا تصلح وحدها لمساءلة المهندس المعماري و المقاول بمقتضى أحكام الضمان العشري للمادتين 1792و 2270 مدني فرنسي (1).

و أخيرا نشير إلى أن هذا الاتجاه الذي سار عليه المشرع الفرنسي في تعديله الجديد، يتفق و صريح أحكام المادة 554 مدني جزائري، و هو ما تدعو الضرورة العملية لإعمال أحكامها، خاصة أمام ما يشوب المباني من عيوب تهدد متانتها، و تجعلها عرضة للتهدم.

01- Cass. Civ, 22/04/1975, Bult.Civ .1975 -3, p 96.

ثانيا : عدم صلاحية العمل للغرض الذي شيد من أجله :

استجاب المشرع الفرنسي في تعديله الأخير ، لما نادى به الفقـــه(1)، مـــن ضرورة التوسع في تفسير مفهوم العيب الخطير ، بحيث يشمل كـــل عيـــب يلحـــق العمل و يجعله غير صالح لأداء الغرض الذي شيد من أجله، و هو ما قـــضت بـــه المادة 1792 معدلة حيث نصت على أن الضرر يعتبر خطيرا أيضا،و من ثم يجوز تغطيته بالضمان العشري ، إذا أصاب العمل في أحد عناصره التأسيسية أو في أحد عناصره التجهيزية،متى ترتب على ذلك أن يصير العمل غير صالح للغرض الـــذي شيد من أجله .

و ما يعتبر هذا الإصلاح إلا تقنينا لما جرى و استقر عليـــه العمـــل علـــى المستوى القضائي – على إثر مناداة الفقه الدائبة بذلك – و أول الأحكام فـــي هـــذا الصدد، كان ذلك الصادر بتاريخ: 1927/11/26، عن محكمة PAU ، قضت فيـــه بأن المسؤولية العشرية لا يقتصر تطبيقها فقط على حالة التهدم الكلـــي أو الجزئـــي للعقار المشيد ، و إنما يجب أن يمتد هذا التطبيق إلى كل الأخطاء الخطيرة ، التـــي ترتكب في البناء (2). ثم تلا هذا الحكم حكما آخر لمحكمة النقض الفرنـــسية فـــي 1974/02/09 (3) ، بمناسبة سد فسد بسبب عيب فيه ، نتج عنه أن أصـــبح غيـــر صالح لتأدية الغرض الذي أنشئ من أجله .و إن كانت محكمة النقض قد استعملت هذا المعيار بطريقة ضمنية(4) .

إلا أن محكمة استئناف Rouen قد أخذت في حكمها الصادر فـــــــــــــــــــي:

01- Soine (B) : Op. Cit , p 486 ; Colin (A) et Capitant (H) : cour élémentaire de droit civil français , T 2 , Paris , 1953 , par : Léon – Jelliat de la morandière , p 923 .

02- Albou (Francoise) : Le défaut d'origine phonique du bâtiment d'habitation et la responsabilité des constructeurs, Thèse paris .1981, p207. :(…non seulement en cas de ruine total ou partielle de l'édifice, mais à toutes les fautes graves commis dans la construction).

03 - D .P.1977-1, p 288.

04- Soine :Op .Cit , p 488.

05/07/ 1884 (1) بهذا المظهر من مظاهر خطورة العيب صراحة ، حيث قررت بأن المقاولين يستمرون مسؤولين خلال عشر سنوات عن عيوب البناء الذي أقاموه ، حتى و لو لم تعرض هذه العيوب للخطر متانة البناء و سلامته ، ما دامت قد جعلت الشيء غير صالح للاستعمال الذي خصص له.

و تطبيقا لهذا المبدأ الذي وضعته، قضت في حكمها المشار إليه، بأن عيوب البناء التي تلحق الدور الأرضي، أو تلحق خزان مياه الصرف الصحي، بالبناء، فتجعله رطبا رطوبة تامة و غير صحي بالمرة، مما يجعله غير صالح لاستعماله. هذه العيوب التي تؤدي إلى ذلك ، لا بد و أن يسأل عنها المقاولون طبقا لأحكام الضمان العشري (2).

كما قضي بأن الأدخنة الصادرة من المداخن الموجودة بالعقار، تعتبر من العيوب الكافية لإعمال أحكام هذا الضمان (3). و قد استمرت الأحكام في هذا الصدد تقضي بالعيب الذي يجعل العمل غير صالح للغرض الذي أنشئ من أجله ضمن دائرة العيوب الموجبة للضمان العشري (4).

كما أن مجلس الدولة الفرنسي سار في نفس الاتجاه، و تبنى هذا المعيار في تقدير جسامة العيب، خاصة منذ حكمه الشهير الصادر في 1940/01/26 (5).

01- Hamonic :Op. Cit , p 80 .(…Les entrepreneurs sont responsables pendant dix ans, des vices par eux édifié, alors même que ces vices n'en compromettent pas la solidité, du moment qu'ils rendent la chose impropre à l'usage auquel elle doit être destinée).

02- Hamonic : Op. Cit , p 80.

03-أنظر على سبيل المثال : Cass.Civ : 13/04/1967 ,J.C.P 1967-4, p 189 (عدم صلاحية العقار للغرض نظرا لسوء تشغيل أحد الأفران المقامة في المخبز).

- Cass.Civ : 14/06/1968, Bult 1968, p 185.

(عدم صلاحية المسكن للسكنى فيه نظرا للتدفئة المبالغ فيها).

04- Cass.Civ : 29/11/1960.

أشار إليه : عبد الرازق حسين ياسن ، المرجع السابق ، ص 824 .

05 - Le clacher – Baron : " La garantie décennal des constructeurs dans la jurisprudence récent du conseil d'état et de la cour de cassation" .C.J.E.G de France .1970, p27.

و بعد الإصلاح الذي جاء به قانون 1978/01/04 ، تأكد المذهب الذي ساد أحكام القضاء الفرنسي ، و أصبح كل عيب يترتب عليه إخراج البناء أو المنشأ الثابت من دائرة الغرض الذي أنشئ من أجله ، يخضع لأحكام الضمان العشري . و استمرت المحاكم الفرنسية بعد هذا القانون في الأخذ بالعيب الذي يترتب عليه جعل المبنى غير صالح للغرض الذي أنشئ من أجله ، و تطبيقا لذلك قضي بعد القانون المشار إليه بتطبيق أحكام الضمان العشري ، بتوافر هذا العيب عملا بنص المادة 1792 مدني فرنسي في الحالات التالية :

- عدم صلاحية كتامة الأسطح و السقوف (1).
- عدم صلاحية المسكن للسكنى فيه نظرا لظهور تشققات في حوائطه و جدرانه من شأنها أن تؤثر على العزل المحكم للمياه و البرد (2).
- العيوب الماسة ببلاط الأرضية، و التي جعلته غير صالح تماما(3).
- الاقتلاع الكلي و المتكرر لقطع السيراميك المحيطة بالمسبح (4).
- العيب الموجود في أنابيب توزيع المياه الساخنة ، و سوء توجيهها داخل قنوات صرف المياه (5).
- العيوب التي تهدد أمن و سلامة مستعملي المنشأ (6).

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن القضاء قد سار في اتجاه إدخال عيب العزل الصوتي في جدران المنزل المعد للسكنى ، لا سيما إذا ترتب على ذلك جعل الحياة الأسرية فيه لا تطاق ،ضمن دائرة عدم صلاحية العقار للغرض الذي أنشئ من أجله (7) ،

01-C.E, 27/07/1984, cité par: Jean dufau : La responsabilité des constructeurs, J .C. Res.Ad, Fasc.860, 02/2005, n 62; C.E : 24/01/1987. Centre internat d'études techniques : R.D pub .1986, p 1754 .

02- Cass.Civ : 25/02/1981, Bult .1981, p 415.

03- C.E : 23/03/1994, R.D imm.1994, p 448, obs .Liorens – Terneyre.

04- C.E, 16/03/1984, R.D.pub .1986 .p 241.

05- C.E, 20/12/1985, Jean dufau : Op. Cit, n 62.

06- C.E, 21/02/1986 : R.D.pub .1986, p 1752

07- Cass.Civ : 18/06/1975 أشار إليه، محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 131، هامش 305 .

إلا أن قانون 1978/01/04 قد نص صراحة على استبعاد الضرر النـــاتج عـــن عيب في نظام العزل الصوتي في المباني السكنية من نطـــاق الـــضمان العـــشري، ليدخل في نطاق ضمان التشطيب (1).

و على العكس من ذلك بالنسبة للضرر الناتج عن عيب عدم كفاية نظام العـــزل الحراري للبناء، فقد اقترح البعض أن ينص صراحة في قانون 1978/01/04 على استبعاده من دائرة الضمان العشري، و إدخاله في نطاق ضمان تمام التـــشطيب، و هو الاقتراح الذي لم يؤخذ به (2).

و المشرع الفرنسي لم يضع تعريفا لفكرة " عدم صلاحية العمل للغرض الذي شيد من أجله"، كما أن القضاء الفرنسي لم يهتم بوضع مثل ذلك التعريف في أحكامه الصادرة في هذا الصدد. إلا أنه بالإطلاع على هاته الأحكام يمكـــن اســـتخلاص أن المعيار المتبع لاستخلاص هذه الدرجة من الخطورة هو معيار ذاتـــي أو شخـــصي (3)، لأن الغرض الذي شيد من أجله العمل ، لا يمكن أن يتحد في جميع المقاولات، فهو يختلف في المباني التجارية عنه في المنشآت الصناعية أو في الأبنية السكنية ، بل إنه يتباين حتى بالنسبة لهذه الأخيرة نفسها ، تبعا للطبقة التي ينتمي إليهـــا هـــذا الإسكان ، و هل هو إسكان شعبي اقتصادي أم إسكان فاخر سياحي (4).

لذلك فإن تقدير عدم صلاحية العمل للغرض الذي أنشئ من أجله ، هو مسألة واقع، مما يختص قضاة الموضوع بتقديرها تبعا لملابسات كل قضيـــــــــــــــــة

01- جاء ذلك في نص المادة السابعة من قانون 04 /1978/01 فيما يتعلق بالمباني السكنية ،

02- Caston : Op . Cit , p 212; Cass.Civ 08/06/1978 , Bult . Civ .1978-3-241 .

و لقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هاته القضية في ظل قانون 1978/01/04 ، بتطبيق أحكـــام الـــضمان العشري على الضرر المتمثل في عدم صلاحية نظام العزل الحراري في المبنى المشيد .

03 – محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 130.

04 – محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 130.

و في هذا الصدد قضي بأن التسربات الحاصلة في قاعات الدراسة بالمدرسة تشكل عيبا يجعل البناء غير صالح للغرض الذي أنشىء من أجله ،و خلافا لذلك بالنسبة للتسربات الحاصلة في استراحة البناء ، أنظر في هذا الصدد C.E.05/07/1967, cité par Jean dufau : Op. Cit, n 63.

على حدة دون رقابة لمحكمة النقض في ذلك (1) .

و أخيرا ، و بالنسبة للتشريع الجزائري ، و كما سبق و أن أشرنا ، فإنه لـــم يأخذ بهذه الدرجة من الخطورة – أي عدم صلاحية العمل للغرض الذي أنشئ مـــن أجله – ضمن دائرة العيوب الموجبة للضمان ، و هو ما يجب حسب اعتقادنـــــــا تداركه في أي أصلاح مستقبل للقانون المدني ، ذلك أن مثل هذه العيـــوب ، و مـــا أكثرها على مستوى إنجازاتنا العقارية ، و إن لم تبلغ من الخطورة درجة تهدد معها متانة البناء و سلامته ، إلا أنها تجعل الموجود من العمل و العدم سواء ، فما معنى أن تشيد مدرسة ، لا تصلح مطلقا للعملية التعليمية ، أو إنشاء سد ، لا يمكنه جمـــع المنتظر منه من المياه مطلقا ، أو إنشاء طرق تهدد أمن و سلامة المواطنين، أو أن تقام مستشفى لا تصلح للعملية العلاجية بجميع جوانبها هـــن أو دار غيـــر صـــالحة بالمرة للسكنى لأي سبب من الأسباب التي تعدم هذه الصلاحية .

<u>ثالثا</u> : <u>المساس بمتانة عنصر تجهيزي غير قابل للانفصال :</u>

مدت المادة 02/1792 في فقرتها الأولى مستحدثة بقـــانون 1978/01/04 الضمان العشري ، على حالة أخرى ، اعتبرتها في حكم الضرر الخطير ، و هـــي حالة "الأضرار التي تؤثر في متانة عناصر التجهيز في المبنـــى ، إذا كانـــت هـــذه العناصر تشكل جسما ، على نحو غير قابل للانفصال ، مع أعمال المنـــافع العامـــة للمبنى ، أو مع الأعمال المتعلقة بتأسيـــســــــه ، بهيكلــــــــــه ، بأســـواره ، أو بمظلاتــــــــــه " .

و يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بحرفية هذا النص، و ذلك بموجـــب المادة 181 من القانون 07/95 المتعلق بالتأمين (2).

فعلى الرغم من أن مثل هذه الأضرار ، ليس من شأنها أصـــلا أن تعـــرض للخطر ، لا متانة البناء في مجموعه ، و لا حتى متانة أحد أجزائه الأساسية ، بل

01- Caston : Op.Cit, p 425- C.E, 10/07/1994, cité par: Jean dufau :Op. Cit, n 63; C.E, 21/04/2000: R.D. imm.2000, p 336.

02- أنظر نص المادة ، ص36 من هذا البحث.

يقتصر أثرها على المساس بمتانة أحد عناصره التجهيزية فقط (1). لكن على أن يتوفر فيها الثلاثة شروط الآتية:

01- وجوب أن تكون الأضرار في عناصر التجهيز (2): فهذا نص في استبعاد الأضرار أو العيوب التي تشوب غير هذه العناصر كعناصر التكوين أو الجزء من العمل أو العمل في مجموعه ، إذ أن كل هذا لا يدخل في مفهوم عناصر التجهيز التي عناها المشرع بهذا النص ، و لذلك وجب أن تصيب هذه الأضرار أو العيوب عناصر التجهيز هذه حتى تكون محلا لسريان أحكام الضمان العشري .

02- وجوب أن تكون عناصر التجهيز هذه خاصة ببناية: فالنصان سابقا الذكر، يقتصران على هذه العناصر بوصفها هذا، أي بوصفها عناصر خاصة بتجهيز بناية على وجه الخصوص ، و ليس في بناء ، أو مطلق عمل ، و ليس كذلك عناصر تكوين في أي من هذه الأنواع الثلاثة ، و لا كذلك في أجزاء منها ، و لا في مطلق أي منها ، بل لا بد أن تكون الأضرار أو العيوب قد أثرت في عناصر التجهيز في مبنى (3) .

و لكن لماذا اقتصر المشرع الفرنسي على الأضرار التي تؤثر في العناصر التجهيزية لمبنى فقط ، و على وجه الخصوص ، دون غيره من المنشآت العقارية الأخرى ؟.

هذا في الحقيقة، ما لم يتعرض له المشرع الفرنسي بالبيان، لا في النص و لا في الأعمال التحضيرية له (4).

01- Mazeaud(H,L , J) : Op.Cit , p 806.

حيث يقول أن معيار التفرقة بين العناصر التجهيزية و التأسيسية في البناء بمقتضى قانون 1978 ، يشبه إلى حد كبير المعيار الذي كان يستخدم في ظل قانون 1968 ، للتفرقة بين الأعمال الكبيرة و الصغيرة ، ألا و هو معيار الثبات ، أو عدم قابلية العنصر للانفصال عن العقار دون هدم أو تلف . أنظر أيضا في هذا المعنى :

Boubli : Op.Cit, p 256.

02- أنظر المقصود بعناصر التجهيز ص 34 من هذا البحث .

03- Boubli : Op.Cit, p 258.

04- Moderne : "Le nouveau régime de la responsabilité décennal ", M. T. P, Juillet 1978, p 14.

ويرى بعض الفقه الفرنسي (1)، أن المشرع الفرنسي أراد بذلك أن يقف بالتوسع الذي أدخله بالمادة 1792-2 المستحدثة على نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري حد عناصر التجهيز في المبنى فقط، دون غيره من الأعمال العقارية.

03- عدم قابلية العنصر التجهيزي المضرور للانفصال : و مقتضى هذا الشرط ، أن يكون العنصر التجهيزي الذي وقع عليه الضرر ، لا يقبل الانفصال عن أعمال البناء ، و هي فضلا عن الأعمال المتعلقة بمنجزات التهيئة ، تلك المتعلقة بتأسيسه ، أو هيكله ، أو إحاطته ، أو تغطيته .

و بعبارة أخرى ، إذا كانت هذه العناصر التجهيزية التي أصابتها تلك الأضرار أو العيوب المتصلة بواحد من هذه الأعمال ، لكنها ، مع ذلك تقبل الانفصال عنه،دون تلف يلحق به ، خرجت عن نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري (2).

و إذا كان المشرعان ، الفرنسي و الجزائري ، قد تطلبا في هذه العناصر أن تكون جسما غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال التي ذكراها بنهاية الفقرة الأولى من المادتين : 1792-1 مدني فرنسي ، و 181 من قانون التأمين الجزائري رقم 07/95 ، إلا أنهما لم يقتضيا أن تؤثر الأضرار أو العيوب في هذا العمل الذي ترتبط به هذه العناصر ، بل اكتفيا لتطبيق أحكام الضمان العشري بوقوع التأثير على هذه العناصر فقط ، دون شيء آخر (3).

لكن الفقه الفرنسي (4) قد وجه نقدا لهذا التوسع في النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري ، و بسطها على العناصر التجهيزية بالمبنى ، التي تتأثر متانتها و سلامتها في حد ذاتها بالأضرار المعنية دون أن يكون لذلك تأثيره على العقار ذاته ، ذلك أن هذا التوسع من شأنه أن يؤدي إلى إدخال بعض العناصر التجهيزية ضمن نطاق تطبيق الضمان العشري ، رغم أن هذه العناصر قد لا تصل مدة بقائها أو

01- Groslière (J.C.I) : " La réforme de la responsabilité en matière de la construction " .R.Dr. et V . 1979 .p 14.

02- Caston : Op.Cit, p 104.

03- Boubli : Op.Cit, p 260.

04- V.par ex : Caston : Op.Cit, p 104 ; Malinvaud (PH) et Jestaz(PH) : Op.Cit , p 126.

استمرارها طبقا للمجرى العادي للأمور إلى عشر سنوات ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى ، فإن مسألة عدم القابلية للانفصال مسألة واقع ، يفصل فيها قضاة الموضوع طبقا لظروف و ملابسات كل حالة على حدة ، بمقتضى مطلق سلطتهم التقديرية في ذلك ، مما قد يختلف فيه الحل من قضية إلى أخرى ، و أخيرا فإن الصناع الذين يقومون بإنتاج هذه العناصر سابقة التجهيز ، سوف يلجئون – بهدف الهروب من أحكام هذا الضمان – إلى إنتاجها بصورة تقبل معها الانفصال ، دون تلف أو أضرار، عما تلتحم به من أعمال أخرى أو عناصر تكوينية في المبنى.

كما يضاف إلى ما سبق من انتقادات ، بالنسبة للتشريع الجزائري ، أن المادة 181 سالفة الذكر أحدثت توسعا في النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري ، غير أن هذا الإصلاح كان مرتجلا ، مأخوذا من التشريع الفرنسي دون دراسة وافية ، و هو ما جعله يحدث نوعا من الغموض و الخلط ، و بيان ذلك :

أن المشرع الفرنسي عندما أحدث مثل هذا الإصلاح، كان قد وسع في النطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري، و مده إلى الصانع (1)، و ذلك بموجب أحكام المادة 4/1792 مدني المستحدثة بالقانون رقم 12 لسنة 1978. و التي يستخلص منها أن المشرع أخضع الصانع لأحكام الضمان العشري بالتضامن مع المقاول الذي قام بتركيب المنتج ، و يأخذ حكم الصناع بهذا المعنى ، كل من قام بتصنيع العمل ، أو جزء من العمل ، أو عنصر تجهيزي فيه .

و من بين الأهداف التي توخاها المشرع الفرنسي من هذا النص – على ما يبدو – من التقرير الذي قدمته اللجنة المكلفة بوضع مشروع القانون الخاص بالمسؤولية و التأمين في مجال البناء (2) ، تجنب أي تفاوت في المعاملة القانونية من حيث المسؤولية المدنية .

01- ذلك أن المشرع الفرنسي – على خلاف المشرع الجزائري – قد أخضع الصانع لأحكام الضمان العشري. أنظر في ذلك ، فيما بعد ، ص 175 : 185 من هذا البحث .

02- Karila : "Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage ", D.1990, chro XLI, p 307.

و المشرع الجزائري بعدم إخضاعه الصانع لأحكام الــضمان العــشري ، و توسعه في النطاق الموضوعي لأحكام هذا الضمان ليشمل العناصر التجهيزية فـــي المبنى ، غير القابلة للانفصال ، يكون قد أهدر مبدأ المساواة في المعاملة من حيث المسؤولية المدنية ، و حمل المقاول مسؤولية أخطاء قد لا تعود في أســبابها إلـــى خطئه بل إلى خطأ الصانع .

و من هنا يمكننا أن نستشف أن المشرع ، جانب الصواب في هــذا التعــديل المحدث في النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري ، ذلك أن الأمر يقتــضي هنا أن يواكب هذا التعديل ، تعديلا آخر يوسع في دائرة الأشخاص الملتزمون بأحكام الضمان العشري ، ليشمل الصانع أيضا .

المطلب الثاني : خفاء العيب

من الثابت أن خطورة الضرر يعتبر شرطا ضروريا لتطبيق أحكام الـضمان العشري ، غير أن هذا الشرط – في نظر الفقه و القضاء – غير كـاف لوحـده ، فلابد من توافر شرط آخر ، و لازم في العيـب ، حتـى يـدخل ضـمن النطـاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري ، و يتعلق الأمر هنا بشرط الخفاء .

و يسلم الفقه التقليدي بالإجماع بان الضرر الذي يدخل فـي تطبيـق أحكـام الضمان العشري، لا بد و أن يكون راجعا في أصله إلى عيب في البناء أو المنـشأ الثابت، و أن يكون هذا العيب خفيا عن رب العمل وقت التسلم النهائـي للعمل .(1)

غير أننا بالرجوع إلى التشريعين – الجزائري و الفرنسي – لا نلمـس مـا يقضي بضرورة توافر هذا الشرط، و هو ما يحتم علينا البحث في سنده القانونـي (الفرع الأول)، كما أن تحديد ضوابطه، ضرورة حتمية لإعمالـه(الفرع الثاني)، و هو ما سنتناوله في الآتي:

الفرع الأول: السند القانوني لشرط الخفاء :

بالرجوع إلى التشريع الجزائري، نجد أن المادة 554 من القـانون المـدني الجزائري لم تشترط خفاء العيب عن رب العمل عند التسلم، كشرط ثان، إلى جانب شرط الخطورة فيه – على الوجه الذي رأيناه – للقول بتطبيـق أحكـام الـضمان العشري.

01– أنظر في ذلك : السنهوري ، المرجع السابق ، ص 113 – شنب ، المرجع السابق ، ص 126 – و من الفقه الفرنسي : Mazeaud (H,L et Y) : Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle , T III , Vol .1, 5 éd, 1980, par Juglart. P.203 ; Malinveaud (ph) et Jestaz (ph) : D. P. Imm, précis .D, 5 éd, 1990.

إلا أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 41 من المرسوم التـشريعي رقـم 07/86 المؤرخ في : 1986/03/04 و المتعلق بالترقية العقارية (01) ، نجد أنها اشترطت ضرورة توافر شرط الخفاء في العيب بقولها : " يتحمل المكتتب بإحـدى عمليـات الترقية العقارية ، طوال عشر سنوات ، ابتداء من تاريخ تسليم شـهادة المطابقـة ، العيوب الخفية التي يتحملها أيضا المهندسون المعماريون و المقاولون ، و الأشخاص الآخرون الذين يربطهم بصاحب الأشغال عقد إيجار عمل ، و ذلك عمـلا بـالمواد 140- الفقرة الأولى – و 554 و 564 من القـانون المـدني ". و إن كـان هـذا المرسوم قد ألغي بموجب المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في: 1993/03/01 و المتعلق بالنشاط العقاري و الذي لم يتضمن إشارة إلى اعتمـاد المـشرع شـرط الخفاء في العيب الموجب للضمان ، يمكننا أن نعتبر المادة 41 سالفة الذكر إشـارة إلى اتجاه نية المشرع إلى الأخذ بهذا الشرط ، إلا إنها لا ترقى من الناحية القانونية إلى الدرجة التي تشكل معها حجية و مرجعا قانونيا يمكن الاعتماد عليه.

و بالرجوع إلى التشريع الفرنسي، نقابل سكوت المادة 1792 مـن القـانون المدني الفرنسي عن هذا الشرط، و هو ما نتج عنه تشعب الآراء و اختلافها حـول ضرورة توافر شرط الخفاء في العيب لتطبيق أحكام الضمان العشري .

إلا أن الفقـــــــــــــــــــــــــــــــــــــه (2)

01- الملغى بموجب المرسوم التشريعي رقم : 03/93 المؤرخ في : 1993/03/01.

02- Planiol et Ripert : Op. Cit , p 194 (..il faut qu'il s'agisse de vice cachés ; l'existence de vice apparents …………..n'entraîne aucune responsabilité pour l'architecte ou pour l'entrepreneur)

V. aussi :

- Peter (P) : La responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs, 02 éd, paris, 1969, p 63.

- Liet – Veaux (G) : Res. Décennale et biennal – dommage couvert – délais – J.C, Fax .355-4-2, 1988 ; Mazeaud : Cp. Cit, p 98- Caston : Op .Cit , p 19 ; Labin :Op.Cit , p 119.

و القضاء (1) ، استقرا بعد عدة مناقشات على ضرورة أن يكون العيب – إلى جانب خطورته – خفيا عن رب العمل عند التسلم ، حتى يمكن القول بدخوله ضمن النطاق الموضوعي لتطبيق أحكام هذا الضمان ، فالعيوب غير الظاهرة أثناء عملية التسليم وحدها يشملها الضمان العشري ، أما العيوب الظاهرة فتخضع للقواعد العامة في المسؤولية ، و يستند أصحاب هذا الرأي (2) ، إلى ما يلي :

01 – رب العمل و قد قبل العمل و أقره دون إبداء أي تحفظ من جانبه ، رغم علمه بالعيوب التي تشوبه ، يعتبر متنازلا عن حقه في المطالبة بالضمان عن هذه العيوب ، مما يبرئ ساحة المشيد من هذا الضمان(3) .

01- أما بالنسبة للقضاء أنظر : -Cass .Civ .III, 06/06/1969 : J.C.P 69, éd G.IV.Bull.Civ.III, n : 455 ; 08/07/1975. Bull.Civ.III, n 247 ; 20 /2/1977. Bull .civ.III, n 454, cité par : Liet ; Veaut : Op . Cit .

و بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي أنظر :

C.E, 30/01/1957 ; C.E, 06/05/1960 ; C.E, 14/10/1966. Cité par : Jean dufeau : Op.Cit, n58; C.E, 17/01/1983, OPHLM Essone, R.D. pub.1983, p.1434; C.E. 11/03/1983 , sté entreprise rechelaise de construction : R.D pub .1983 , p1434 ; C.E. 21/02/1986 , OPHLM Avignon : R.D. pub .1986 .p1751.

02-ما أصحاب الرأي الثاني، القائل بأن الضمان العشري يشمل العيوب حتى الظاهر منها وقت عملية التسليم، و سندهم في ذلك ما يلي:

أ-أن أحكام هذه المسؤولية تتعلق بالنظام العام ، و ما تعلق بالنظام العام ، لا يجوز لإرادة الأفراد أن تهدره أو تنال منه .

و على ذلك فإن قبول رب العمل للعمل ، رغم علمه بما يشوبه من عيوب خطرة ظاهرة فيه ، لا يمكن أن يخرج هذه العيوب عن طائلة تطبيق أحكام الضمان العشري ، لأن الأمر يتعلق بالسلامة العامة للمواطنين .

ب- و قوامه الأخلاق ، و مؤداه أنه إذا كان العيب ظاهرا بالنسبة لرب العمل ، فهو من باب أولى ، أكثر ظهورا بالنسبة للمهندس المعماري و المقاول ، باعتبارهما من رجال الفن ، و ذوي التخصص فيه ، فلا يليق برجال الفن أن يقدموا لرب العمل ، عملا مشوبا بعيوب خطيرة ، يعلمونها ، حتى و إن كان يعلمها هو.

أنظر أكثر في سند أصحاب هذا الرأي: عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 841 و ما بعدها.

03-C.E, 17/01/1973, entreprise saudemont : Rec. C.E 1973 , p .43.; C.E , 02/02/1983 , OPHLME sonne : R.D.pub .1983 , p 1434 ; C.E , 11/03/1983 , sté entreprise rochelaise de construction : R.D.pub .1983 , p 1434; C.E , 21/02/1986 , OPHLM Avignon : R.D. pub , 1986 .p 1751.

و في هذا الصدد ذهب الأستاذ (Karila) إلى أنه في المعتاد كل تسلم بتحفظ، هــو تسلم جزئي، و كل ما هو متحفظ بشأنه، لا يعتبر، بــالمعنى الحقيقــي و الواضــح، متسلما، لأن التسلم هو القبول، أما التحفظ فهو الرفض (1).

01-الأعمال التحضيرية للمجموعة المدنية الفرنسية، التي تفصح تماما عــن مقصد واضعي هذه المجموعة في قصر أحكام هذه الضمان عن العيوب الخفية فقط دون العيوب الظاهرة التي يغطيها التسليم، مهما كانت درجة خطورتها (2).

02-ما قضت به المادة 1646 – 1 من قانون 03 جانفي 1667 (3) ، فــي خصوص بيوع العقارات تحت التــشييد La vente d'immeuble à construire بأن بائع العقار ، يكون مسؤولا ، خلال عشر سنوات تحسب من يوم تسلم الأعمال، عن العيوب الخفية التي يكون المهندســون المعمــاريون و المقــاولون و مختلــف الأشخاص المرتبطون برب العمل بعقد مقاولة (إيجار عمل) ، مــسؤولون عنهــا تطبيقا للمادتين 1792 ، 2270 من المجموعة المدنية – و إن لم تكن في الموضــع الخاص بالضمان العشري – فإن هذه المادة تبرز نية المشرع الصريحة في قــصر نطاق الضمان العشري على العيوب الخفية وحدها (4).

01- Karila :" La garantie décennal demeure-t-elle une garanties des vices cachés, sous l'empire de la loi du 04 Janvier 1987 !", R. D. imm. 1987, p 27.

0 2- Planiol et Ripert : Op, Cit, p 194.

03- المعدل بقانون 1967/07/07 .

04- أنظر في هذا المعنى :

Caston : Op, Cit, p105.

كما يمكن القول بهذه النية قد تأكدت مرة أخرى بالمادة 1792-6-2 من قانون 1976 المتعلقة بمــا يقــال لــه ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل. ذلك أن هذه المادة إذا كانت تجعل نطاق هذا الضمان يمتد – من حيث الأصل – ليشمل جميع العيوب ، إلا أنه تقصره على ما يشير إليه رب العمل منها ، سواء بطريق التحفظات في محضر التسليم أو بطريق الإخطار الكتابي بالنسبة للعيوب اللاحقة . بما يعني أنه يخرج من إطار هذا الــضمان العيوب التي كانت ظاهرة لرب العمل عند التسليم و لم تجعل محلا لتحفظات من جانبه، إذ يفتــرض فــي هــذه الحالة أن رب العمل قد قبل هذه العيوب. فمن باب أولى فيما يتعلق بالضمان العشري . أنظر في هذا المعنى :

Caston : Op .Cit , p 111

الفرع الثاني: ضوابط الخفاء:

المقصود بالعيب الخفي، كل خلل يصيب البناء أو المنشأ الثابت الآخر، تقتضي فطرته السليمة نقاءه منه، و لم يكن في استطاعة رب العمل كشفه وقت التسلم النهائي للعمل (1).

إن مسألة تقدير خفاء العيب من ظهوره، هي مسألة واقع (2)، ترجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، في ضوء ظروف كل حالة على حدة.

و هذا التعريف المختار للعيب الخفي ، ليكون أكثر وضوحا ، يتعين علينا ، بيان وقت تحقق الخفاء ، معياره و سلطة تقديره .

أولا: وقت تحققه: طبقا لما استقر عليه الفقه (3) و القضاء (4) في فرنسا يعتد بخفاء العيب وقت التسلم النهائي للعمل (5).

و تطبيقا لذلك، لا يخرج عن نطاق أحكام الضمان العشري، ظهور العيب، بعد التسلم النهائي للعمل، كأن كان العيب موجودا وقت التسلم، و لكن لم يكن لرب العمل اكتشافه طبقا للفحص الذي أجراه، ففي هذه الحالة يكون شرط الخفاء قد توفر.

و على العكس من ذلك، لا محل لسريان أحكام هذا الضمان، إذا كان العيب خفيا في البناء أو المنشأ الثابت، و انكشف أمره عند التسلم – و من باب أولى قبل ذلك–نتيجة ما أجراه رب العمل من فحص و مراجعة العقار المشيد (6)، و في هذا

---

01 – أنظر : السنهوري ، المرجع السابق ، ص 113 – شنب ، المرجع السابق ، ص 126.

و من الفقه الفرنسي أنظر :

Mazeaud : Op. Cit , p 805 - Malinvaud (Ph) et Gastaz (Ph):Op .Cit , p 164 .

02 – في هذا المعنى : Caston : Op . Cit , p 111

03 –أنظر في هذا المعنى : Peter : Op . Cit, p 68 – Planiol et Ripert: Op. Cit, p 196- Jean Dufau : Op.Cit, n 58 (La responsabilité décennale de l'entrepreneur ne s'aurait être recherchée pour les vices "apparents" lors de la réception et n'ayant pas donné lieu à des réserves de la part de l'administration).

04–أنظر بالنسبة لأحكام القضاء، ص 26، هامش 02.

05–عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 846.

06 - V.C.E : 27/11/1963.

أشار إليه: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 242.

الصدد، قضي في فرنسا ، بأنه يخرج من إطار الضمان العشري ، العيب الذي لاحظه رب العمل بالفعل ، حتى أنه قد أدى إلى تخفيض في الحساب المستحق للمشيد (1).

و مع ذلك فقد قضي بأنه يجوز مساءلة المهندس المعماري و المقاول عن العيوب الظاهرة وفقا للضمان العشري، طالما أنه لم يكن من الواضح وقت التسلم مدى إمكانية تأثيرها على متانة الأجزاء الرئيسية للبناء (2).

و إن كان يشترط خفاء العيب وقت التسلم النهائي للعمل، فإن السبب المنشئ لهذا العيب يجب أن يرجع إلى فترة إقامة البناء، أي أن يكون مصدر الخلل موجودا في العمل عند معاينته و إقراره (3).

و تطبيقا لذلك، لا يخرج عن نطاق أحكام الضمان العشري، ظهور العيب، بعد التسلم النهائي للعمل، كأن كان العيب موجودا وقت التسلم، و لكن لم يكن لرب العمل اكتشافه طبقا للفحص الذي أجراه، ففي هذه الحالة يكون شرط الخفاء قد توفر.

و على العكس من ذلك ، لا محل لسريان أحكام هذا الضمان ، إذا كان العيب خفيا في البناء أو المنشأ الثابت ، و انكشف أمره عند التسلم – و من باب أولى قبل ذلك – نتيجة ما أجراه رب العمل من فحص للعقار المشيد (4) ، و في هذا الصدد قضي في فرنسا بأنه يخرج من إطار الضمان العشري العيب الذي لاحظه

01- Cass.Civ .I. 07/05/1962 ; cité par : Liet – veaux, J.C, fasc .203-2, n 10.

02–Malinvaud (Ph) et Gastaz (Ph):Op . Cit , p111.

قارن في هذا المعنى : شنب ، المرجع السابق ، ص 127 ، أين ذهب إلى أنه لا يشترط أن يكون مصدر العيب موجودا وقت التسلم النهائي للعمل ، و أن الضمان العشري يتحقق و لو لم يثبت أن العيب كان موجودا في المبنى وقت إقرار رب العمل ، و ذلك خروجا عن القواعد العامة في المسؤولية الناشئة عن عقد المقاولة .

– و هو اتجاه يكشف عن تساهل واضح مع رب العمل ، مقارنة بالمشتري في عقد البيع ، حيث يعتمد في تقدير خفاء العيب الموجب للضمان ، المعيار الموضوعي ، الذي يعتمد على قدرة المشتري على تبين هذا العيب لو أنه فحص الشيء المبيع بعناية الرجل العادي .

03- Cass.Civ III, 25/ 06/1985, arrêt n 938 ; Cass.Civ .III, 23/04/1985, arrêt n.559, cité par : Liet veaux (G) : J .C- Respon civ, Fasc. 203-2, n 6.

04– عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 846.

رب العمل بالفعل ، حتى أنه قد أدى إلى تخفيض في الحساب المستحق للمشيد (1).

و لكن، و إن كان يشترط خفاء العيب وقت التسلم النهائي للعمل، فإن السبب المنشئ لهذا العيب يجب أن يرجع إلى فترة إقامة البناء، أي أن يكون الخلل موجودا في العمل عند معاينته و إقراره (2).

و الأصل أن على رب العمل الذي يدعي حصول الخلل و يطالب بتطبيق أحكام الضمان العشري على دعواه، عبء إثبات أسبقية وجود مصدر هذا الخلل على تاريخ تسلمه العمل. لكن صعوبة مثل هذا الإثبات، و الرغبة في التخفيف على أرباب العمل، جعلت الفقه يميل بوجه عام إلى القول بأن ثمة قرينة واقعية، على أن أي خلل في المباني أو المنشآت يرجع إلى عيب قديم فيها، و على المشيد إثبات العكس (3).

<u>ثانيا : معياره و سلطة تقديره</u> : أخذت أحكام القضاء الفرنسي ، خاصة و عامة ، بالمعيار الموضوعي في تقديرها لمدى خفاء العيب في البناء المشيد بالنسبة لرب العمل ، غير أنها لم تتوحد في استعمال المصطلح الدال على هذا المعنى فتارة تستعمل لفظ (Un profane) (4) الغير ملم (أو الجاهل) بأصول الفن . و أخرى تستعمل لفظ (Un non technicien) (5)، أي رب العمل الغير فني،

01-V.C.E : 27/11/1963.

أشار إليه: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص .243.

02- Malivaud (PH) et Jestaz(PH) : Op.Cit , p 111.

03- محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 97.

04 – Liet – Veaut : Op. Cit, n 07.

05- حيث أعتبر أن هناك عيب في العقار بالنسبة لغير الملم بأصول الفن (Un Profane)، ذلك الموجود في أماكن من العقار ، غير مدخولة في المعتاد:

Cass .Civ .III, 14/05/1985 : D.S.1985, p 439

- و في نفس السياق ، العيب الموجود في مستوى أرضية البناء :

Cass. Civ .III, 23/04/85, arrêt n 559. cité par : Liet – Veaut : Op. Cit, n 07.

- العيب الموجود في العازل الصوتي و الصعب كشفه :

Cass .Civ. 08/12/1981, J.C.P .82 . Éd .G, IV.83.

كما استعمل مصطلح (non – spécialiste) (1) أي غير المتخصص.

و يستخلص من ذلك أن الضمان العشري يسقط عن العيب الذي كان بإمكان رب العمل كشفه و لو لم يكن قد اكتشفه فعلا ، مادام أنه كان بإمكان الرجل العادي أن يتبينه .

و تطبيقا لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن هناك حالة خفاء للعيب وقت التسلم النهائي للعمل ما يلي:

- العيب الموجود في كتامة النوافذ (2).
- العيب الماس بالهيكل الحديدي للعمارة (3).
- الضجيج المنبعث بمرور الوقت، بسبب استعمال أجهزة التدفئة (4).
- العيب الموجود بمدخل دهليز العمارة، و الذي لم يكتشف إلا بعد الفيضانات التي سببتها الأمطار (5).
- عيب في تهيئة الطريق ، المؤدي إلى صعوبة سير المركبات ذات الحجم الكبير(6).
- تركيب أحواض غير مطابقة (7).
- العيب الماس بالعقار، بسبب نقص في سلم الراجلين، وانعدام قناة التهوية (8).
- التركيب الكهربائي و الهاتفي المندس (9).

و على العكس من ذلك ، اعتبرت عيوب ظاهرة عند الاستلام، و من ثمة استبعدت

---

01 - Cass .Civ .III. 24/11/1987, arrêt n 1820 , cité par : Liet – Veaut : Op. Cit, n 10. .
02 - Cass.Civ .III , 24/11/1987 , arret n .1820 , cité par: : Liet – Veaut : I bid.
03 - Cass.Civ .III, 03/12/1973, cité par : Liet- Veaux: I bid.
04- Cass.Civ .III, 27/04/1977, cité par : Liet- Veaux : I bid. .
05- Cass.Civ .III, 02/06/1977, cité par : Liet- Veaux: I bid..
06-Cass.Civ .III, 21/02/1978 , cité par : Liet- Veaux: I bid.
07- Cass.Civ .III, 28/06/1978, cité par : Liet- Veaux: I bid. .
08 -Cass.Civ .III, 07/06/1983, cité par : Liet- Veaux: I bid.
09- Cass.Civ . I, 07/05/1962, cité par : Liet- Veaux : I bid.

من نطاق تطبيق الضمان العشري لتخلف شرط الخفاء ، ما يلي :

- تصغير الدرابزين الخاص بالدهليز بمقدار 22 سم (1).
- تثبيت جهاز الاستقبال التلفزي الخاص بالمبنى المشيد ، خطأ ، على مدخنة المنزل المجاور للبناء (2).

و الملاحظ في هذا الشأن ، أن القضاء الفرنسي ، و إن كان يأخذ بالمعيار الموضوعي في تقديره لخفاء العيب بالنسبة لرب العمل ، إلا أنه يذهب في التساهل في تطبيق هذا المعيار إلى حد كبير ، فنجده لا يقف في تقديره لظرف الخفاء عند مجرد العيب ذاته ، بل يتعدى ذلك ، إلى الاعتداد بظرف الخفاء حتى إذا لم يكن في ذات العيب ، بل اقتصر على آثاره ، و ذلك تقديرا منه ، أن خطورة الضرر رغم وضوحه عند التسلم لا يمكن تقديرها إلا بعد ما يترتب عليها من آثار (3).

و من سبل التساهل التي أخذ بها القضاء الفرنسي في هذا الخصوص أيضا، أنه أوجد لصالح رب العمل قرينة قضائية، مقتضاها أن كل عيب لم يرد عنه تحفظ بمحضر التسليم هو عيب خفي ، و على من يدعي غير ذلك إثباته (4) و بمقتضى هذه القرينة، أعفي رب العمل من إثبات خفاء العيب – و هو أمر جد عسير – الذي يدعيه في البناء عند التسلم (5) ، على خلاف ما تدعيه القواعد العامة في الإثبات ، من أن البينة على من ادعى ، و بذلك أصبح على المشيد " المدعى عليه " أن يثبت أن العيب الذي يدعيه رب العمل كان ظاهرا عند تسلمه للعمل و إقراره إياه ، و أنه كان يعلم به ، رغم خفائه ، بأي سبب من الأسباب (6).

01- Cass.Civ .III, 13/11/1974, cité par : Liet- Veaux: I bid..

02- Cass.Civ. I, 07/05/1962, cité par : Liet- Veaux : I bid.

03- V.par ex : Cass.Civ . 21/02/1978 , cité par :Caston :Op.Cit , p 11; C.E .16/10/1970 , 12/06/1970 , 07/05/1971 , 17/01/1973 , 01/10/1975 , cité par : Labin : La responsabilité des architectes et son assurance , Thése , Paris .1978.

04- Cass.Civ.III , 03/11/1983 : G .P 2984 .2-577 , avec la note . Liet – Veaux.- C.E: 29/11/1911 – C.E.13/11/1924, cité par soine : Op .Pit . p 194.

05- Planiol (PH) et Rouaste (PH) :Op. Cit, 194.

06 – عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 854.

و لعل في عدم تدخل المشرع الفرنسي بالتعديل أو الإلغاء في القانون الأخير رقم 12 لسنة 1978 ، ما يدل على أن واضعيه قد ارتضوا ترك هذه المسألة للقضاء للفصل فيها بمعرفته ، حسب ما تقتضيه قواعد العدالة بالنسبة لكل قضية على حده ، حتى يتمتع القاضي بقدر معين من السلطة التقديرية و قدر معقول من المرونة ، تسمح بتحقيق نوع من العدالة .

كما أن الاختلاف في الأحكام ، غالبا ما يؤدي إلى التطور التلقائي نحو الاتجاه الصحيح و الحكم السليم .

و أخيرا نميل نحن من جانبنا إلى الاتجاه السائد على مستوى المحاكم الفرنسية ، و الآخذ في التوسع في دائرة العيوب الخاضعة لأحكام الضمان العشري، و ذلك عن طريق التخفيف من شرط الخفاء ، الذي لا يخلو من القسوة بالنسبة لرب العمل العادي غير الخبير بأصول صناعة البناء ، و هو التوسع الذي من الممكن جدا أن يجد مجالا له للتطبيق على مستوى القضاء الجزائري ، خاصة و أنه لا يتعارض مع التشريعات المعمول بها .

المطلب الثالث : شرط المدة الخاصة بالضمان العشري :

لا يغطي الضمان إلا الأضرار التي تحدث خلال المدة القانونية ، و تقدر هذه الأخيرة بعشر سنوات ، بالنسبة للأضرار الخطيرة المنصوص عليها في المادة 554 مدني جزائري ، المقابلة للمادة 1792 مدني فرنسي (1).

و يعتبر العنصر الزمني في هذا الضمان من أجلى عناصره ، و أظهر شروطه ، بل إنه سبب خروجه عن نطاق القواعد العامة في المسؤولية ، ليكون بذاته نوعا مستقلا عن باقي المسؤوليات الخاصة ، التي تزخر بها المجموعات المدنية سواء في الجزائر أو فرنسا .

و لما كان لهذا الجانب الزمني هذه الأهمية البالغة بالنسبة لتطبيق أحكام الضمان العشري ، ارتأينا تناوله في فرعين ، فنتناول الطبيعة القانونية لهذه المدة ، تعلقها بالنظام العام و أثر ذلك (الفرع الأول) ، ثم النظام القانوني لمدة الضمان العشري (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: مدة الضمان العشري، طبيعتها القانونية و مدى تعلقها بالنظام العام و أثر ذلك:

تقتضي هذه المسألة ، إعطاء فكرة عن مدة الضمان العشري ، ثم نبحث طبيعتها القانونية ، و نوضح بعد ذلك درجة ارتباطها بالنظام العام .

أولا : فكرة عن مدة الضمان العشري : يتضح من النصوص القانونية

01-لكن التقنين الفرنسي ، لم يكتف في هذا الصدد بالضمان العشري وحده ، بل نص على حالتين جديدتين للمسؤولية الخاصة ، بالنسبة لطائفتين من الأضرار الأخرى غير الخطيرة نسبيا ، إحداهما تقررت لمدة عامين، و تغطي الأضرار المتعلقة بضمان حسن أداء عناصر التجهيز في المبنى و القابلة للانفصال عنه ، لوظائفها (م 3/1792) .

و حالة ضمان تمام التشطيب، و تغطي كافة أنواع الأضرار و العيوب التي يتم اكتشافها في العمل بعد تسلمه مقبولا من رب العمل، بقطع النظر عن مسألة خطورة هذه الأضرار أو العيوب (م 6/1792).

المتعلقة بالضمان العشير في التشريعين الجزائـري و الفرنـسي ، أن كـلا مـن المشرعين قدر كفاية مدة العشر سنوات لاختبار متانة البناء و سـلامته ، و حـسن تنفيذ كل الأعمال المتعلقة به ، و صلاحيته لأداء الغرض الذي أنشئ مـن أجلـه. فاكتفى بها مدة للضمان ، بحيث لو نقصت عن ذلك ، لما كانت في تقديرهما كافيـة لأن يحدث فيها التهدم ، أو يظهر فيها العيب المعتبر قانونا ، و بذلك تذهب الحكمـة من تقرير هذا الضمان ، و كذلك لو قدرت بأكثر من ذلك ، لكانت عبئا ثقيلا علـى مشيد البناء ، و هو امر غير مرغوب فيه ، لما يترتب عليه مـن صـيرورة هـذا الضمان سيفا مسلطا عليهم ، و ربما كان عائقا في سبيل الإبتكـار و التجديـد فـي مجال نحن أحوج ما نكون فيه إلى ذلك (1).

و الواقع أن إطالة المشرع ، سواء الفرنسي أو الجزائري ، لمـدة الـضمان المتعلق بالمباني و المنشآت الثابتة الأخرى إلى هذا القدر ، رغم ما فيه من خـروج عن القاعدة العامة في عقد المقاولة ، و التي تقضي بانتهاء العقد بكافة آثاره بتمـام عملية التسليم ،دون إبداء تحفظات (2) ، إلا أنه في الحقيقة خروج اقتضته رعايـة كل من الصالحين الخاص و العام ، و ذلك نظرا لخطورة المباني و المنشآت الثابتة الأخرى (3) و ما يسببه تهدمها كليا أو جزئيا ، أو ظهور العيوب الجسيمة بهـا ، التي تهدد سلامتها و متانتها ، أو تجعلها غير صالحة لأداء الغرض الذي أنشئت من أجله ، من إضرار بالاقتصاد الوطني ، و مساس بالأمن و الـسكينة العامـة فـي المجتمع ، و من تهديدا لأفراد في أموالهم و أنفسهم ، لـذلك كـان لازمـا علـى المشرعين الخروج عن القواعد العامة و خص هذا الضمان بالذات بالمدة المناسبة له ، و التي تجعله فعلا ضمانا فعالا ، يحقق الهدف المنشود من تقريره (4) .

01- عبد الرازق حسين ياسين : المرجع السابق ، ص 286 و 287 .

02- السنهوري :المرجع السابق ، ص 121 .

03- Planiol et Ripert :Op.Cit ; P 175 .

04- عبد الرازق حسين ياسين : المرجع السابق ، ص 277 ، هـ 9 ، و قد أشار على الأعمال التحضيرية لقانون نابليون لسنة 1804 .

ثانيا: الطبيعة القانونية لمدة الضمان: المقصود ببيان الطبيعة القانونية لمــدة الضمان، هو الوقوف عما إذا كانت هذه المدة هي مدة تقادم، فيسري عليها مـــــا يسري على مدد التقادم من شروط و أحكام، أم أنها مدة سقوط، فتخضع لمـــــا تخضع له مدد السقوط من أحكام (1).

و بالرجوع إلى المادة 554 من القانون المدني الجزائري، يتضح أن العــشر سنوات، هي مدة اختبار لمتانة البناء و سلامته، و حسن تنفيذ الأعمـــال، و بمعنـــى آخر مدة ضمان Un délai de garanti (2).و بهذا الوصف الأخير تعتبــر مــدة سقوط و ليست مدة تقادم، و هذا القول الأخير يترتب عليه بالضرورة عدم إخضاع هذه المدة لما يخضع له التقادم، من وقف أو انقطاع (3)، فمدة الضمان سالفـــــة الذكر لا توقف ، و لو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالـــب بحقوقـــه ، سواء كان هذا المانع ماديا (4) أو أدبيا (5) ، كذلك لا توقف مدة الضمان ، و لـــو كان رب العمل عديم الأهلية ، أو غائبا أو محكوما عليه بعقوبة جناية ، و ليس لـــه نائب يمثله قانونا (6).

01- أنظر في التفرقة بين مدد التقادم و مدد السقوط : عبد المنعم البدراوي ، أثر مضي المدة في الالتـــزام ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة 1955 ، ص 33 و ما بعدها .

02- و هو ما استقر عليه القضاء المصري بشأن مدة الضمان المنصوص عليهـــا فـــي المـــادة 651 مـــدني مصري، المطابقة لأحكام المادة 554 مدني جزائري.

أنظر في هذا المعنى : السنهوري ، المرجع السابق ، ص 123 – شنب ، المرجع السابق ، ص 129.

03- أنظر في انقطاع التقادم ، المواد من 316 إلى 320 من القانون المدني الجزائري .

04- كقيام حرب أو ثورة ، ترتب عليها انقطاع المواصلات ، فاستحال على رب العمل أن يتخذ الإجراءات القضائية للمطالبة بحقه .

و لقد قضي في هذا الصدد ، بأنه إذا صدر أمر عال بإيقاف مدة التقادم بسبب الحرب ، فـــلا يـــسري هـــذا الأمر على مدة ضمان المهندس المعماري و المقاول ، لأن المشرع جعل مدة السنوات العشر أجلا تمتد فيه مسؤولية المهندس المعماري و المقاول ، و مدة الحرب ليس لها تأثير مطلقا في هذا الأجـــل ، لأن الـــزمن يجري بطبيعته ، فلا يؤثر في أصل المسؤولية وجودا أو عدما . فهذه العشر سنوات التـــي نـــص عليهـــا المشرع ليست من قبيل أحوال التقادم ، و إنما هي مهلة ضربها المشرع في انتهاء أجل الضمان. محكمـــة نامور ببلجيكا : 1922/11/30 ،ه أشار إليه : السنهوري ، المرجع السابق ، ص 123 ، هامش (3)

05- كعلاقة الابن بأبيه ، أو الزوج بزوجته أثناء قيام علاقة الزوجية .

06- السنهوري ، المرجع السابق ، ص 127.

و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن التشريع الجزائري يعرف مدة أخرى للتقادم، نصت عليها المادة 557 من القانون المدني، تتعلق بدعوى الضمـــــــــان، و التي أوجب المشرع ممارستها خلال ثلاث سنوات من وقت حـــصول التهــدم أو اكتشاف العيب (1).

على المستوى الفرنسي ، فقد كانت هذه المـــسألة موضـــع اخـــتلاف بـــين القانونيين ، و يعود السبب في ذلك ، إلى أن مدة الضمان العـــشري جـــاءت فـــي موضعين مختلفين من التقنين المدني ، فواحدة في الباب المخصص لعقد المقاولة ، و ذلك باعتبارها مدة للضمان (المادة 1792) ، و الأخرى ، في الباب المخصص للتقادم ، و ذلك باعتبارها مدة لرفع الدعوى (م 2270) (2) .

و لقد أدى هذا الازدواج التشريعي إلى اختلاف الآراء إبان حقبة طويلة من الزمن حول معرفة طبيعة هذه المدة ، و هل هي مدة تقادم أم مدة إسقاط الحق في الضمان لا توقف و لا تنقطع ، أم أنها مدة مركبة ذات طابع مختلط يجمع بين خـــصائص مدد التقادم و خصائص مدد الإسقاط في وقت معا(3).و لقد حظـــي هـــذا الـــرأي الأخير على تأييد الغالبية العظمى في الفقه و القضاء الفرنسي الحديثين(4).

فترى هذه الغالبية، أن مدة الضمان العشري هذه هي، من ناحية أولى، مـــدة اختبار لمتانة و سلامة البناء، و جودة تنفيذ الأعمال و صلاحيتها للغـــرض الـــذي شيدت من أجله، و بالتالي، فإنها لا تكون عرضة لأن توقف كما هو الحال بالنسبة

01- إذ تقضي المادة 557 مدني جزائري بما يلي : (تتقادم دعاوى الضمان المذكورة أعلاه بانقـضاء ثـــلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب).

02- محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 167.

03 –V.En ce sens : Soinne : Op. Cit, p 509 ; Mazeaud : Op .Cit, p 133.

04 - Karila : Op .Cit , p 352 ; Boubli : Op . Cit, p 417.

و من أحكام القضاء أنظر :

C.E : 01-01-1953 ; 01/07/1959 ; 05/11/1965, Liet – Veaux, Responsabilité décennale et biennale, J. C. Res civ , Fasc .355-4-2 , 5-1988 , n 96 .

V. Aussi : Cass.Civ. 07/01/1975. Bult .1975-3-307, p 233.

لمدد التقـــــادم (1) و لا لأن تنقطع (2) .

و معنى ذلك أن هذه المدة هي مدة إسقاط ، ينبغي أن يحدث خلالها الضرر حتـــى يشمله الضمان ، و ليست مدة تقادم ، و بعبارة أخرى ، فإنه إذا انقضت هذه المدة، فإن ذلك يعني براءة ذمة المشيدين نهائيا ، من أي عيب أو خلل أو تهدم يمكـــن أن يظهر بعد ذلك في البناء .

لكن مدة العشر سنوات هذه ، قصد منها أن تؤدي إلى جانب وظيفتها كمـــدة للضمان ، وظيفة أخرى كمدة لرفع دعوى الضمان (3)، أي أن هذه الأخيرة لا بد من رفعها خلال مدة الضمان التي يجب أن يظهر العيب أو يتحقق الضرر خلالها.

معنى ذلك، إذن، أنه إذا ظهر العيب أو وقع الضرر في اليوم الأخيـــر مـــن السنة العاشرة، فإن الضمان يغطيه، لكن دعوى الضمان لا يجوز سماعها في اليوم التالي، إذ تكون قد سقطت بالتقادم (4).

و يترتب على ذلك ، من وجهة نظر غالبية الفقه و القضاء الفرنسي ، أن هذه المدة ، بصفتها هذه ، يمكن أن تنقطع في حالتين فقط :

01- Cass.Civ : 03/11/1971. Bult .1971-3-535, p .232 ; Cass. Civ : 06/11/1970. Bult . civ 1970-3-1225.

02- Cass. Civ . 26/11/1970. Bult .1970-3-635; Cass. Civ 27/10/1975 .Bult .1975-3-307, p 233 ; C.E .16/10/1966, J.C.P .1966-2-14594. obs. Liet – Veaut . V. aussi : Mazeaud (H, .L, et J) : Leçon de droit civil. 3 éd 1968 (2.v) Principaux contrats. Par JUGLART (De.M), p 814; Boubli : Op.Cit, p 266.

03- Planiol et Ripert : Op.Cit, n 3009 : (Les deux articles (1972 et 2270) établissent un délai unique et ce délai enferme à la fois le laps de temps ou il ya responsabilité des accidents et la durée de l'action).

04- و هكذا، لو وقع الضرر في السنة التاسعة من تقبل العمل ، فإن الضمان يشمله ، لكـــن دعـــوى الـــضمان ينبغي أن ترفع خلال السنة العاشرة ، و إلا سقطت بالتقادم ، فكأن مدة التقادم الفعلية لدعوى الضمان هـــي مـــدة حدها الأقصى عشر أعوام من وقت تقبل العمل ، لكنها تقل كلما تأخر وقت حصول الضرر ، بحيث أنها تصبح يوما واحدا في حالة حدوث الضرر في اليوم قبل الأخير من السنة العاشرة من وقت التقبل ، أنظـــر فـــي هـــذا المعنى :

Cass.Civ I, 21/06/1967 ;Cass.Civ .III, 11/01/1977 ; Cass. Civ .III , 18/03/1980 , Liet – Veaux , Art précité , n 132.

01- حالة رفع الدعوى الموضوعية على المهندس المعماري و المقاول(1).

02- حالة إقرار المشيد غير المشروط بالمسؤولية (L'aveu du professionnel)(2).

و يترتب على انقطاع هذه المدة الأصلية، على النحو السابق، أن المدة الجديدة التي تبدأ في السريان بعد ذلك، هي مدة من نفس طبيعة المدة الأصلية التي تم انقطاعها و مساوية لها تماما، أي عشر سنوات، و ليست مدة القواعد العامة في التقادم (3).

و مما تجدر الإشارة إليه، أنه لا محل لوجود مثل هذا اللبس، على الساحة القانونية الجزائرية، ذلك أن المشرع الجزائري قد غاير منذ البداية، بين مدة الضمان ذاتها، و مدة سقوط دعواه، فجعل الأولى – كما رأينا – عشر سنوات، تبدأ اعتبارا من تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل (4)، بينما نص على الثانية بمدة قدرها ثلاث سنوات، تبدأ اعتبارا من وقت التهدم أو انكشاف العيب (5).

و حسنا فعل المشرع الجزائري في هذا الصدد، إذ أنه جعل رب العمل يستفيد دون حرج من مدة الضمان كاملة، عكس المشرع الفرنسي، الذي يوقع في الحرج

---

01 - Mazeaud : Op . Cit , p 814; Boubli : Op . Cit , p 266. .

و لا يكفي لقطع التقادم أن يرفع رب العمل دعوى مستعجلة يطلب فيها تعيين خبير لإثبات حالة البناء.

و في هذا الصدد ، رفض البرلمان الفرنسي إقتراحا بالنص في قانون 04 جانفي 1978 على انقطاع مدة العشر سنوات هذه في حالة رفع دعوى مستعجلة ، أنظر في ذلك ن مجلس الشيوخ الفرنسي ، جلسة 1977/11/04 ص 2552 – مجلسة الأمة ، جلسة 1977/12/20 ، ص 8985 .

02- Mazeaud 03: Op. Cit, p 814; Boubli: Op. Cit, p 269; Karila (J.P): La reconnaissance de responsabilité des constructeurs : G . P .1978, 2, P 347 et s.

و من القضاء أنظر :

Cass.Civ .III.20/02/1969; 30/11/1971 ; 04/04/1978 , Liet – Veaux , Art précité , n 101.

و قد قضي في الحكم المشار إليه أعلاه، و المؤرخ في : 1969/02/20 بأن الإقرار بالحق في الضمان لا يشترط فيه أن يكون صريحا ، بل يجوز استنتاجه من ظروف الحال ، كأن يقوم المعماري بإصلاح العيوب ، أو أن يتعهد بالقيام بإصلاحها على حسابه الخاص .

03- Cass. . Civ. 22/04/1976.D. S, 1977, chro III, p 12, obs. Mazeaud.

04- أنظر المادة 554 من القانون المدني الجزائري .

05- أنظر في ذلك : المادة 557 من القانون المدني الجزائري ، ص 92 هامش رقم : 01 .

رب العمل ، و ذلك فيما لو كان قد حدث التهدم أو انكشف العيب المعتبر في اليوم المتمم لمدة العشر سنوات (1) ، ففي هذه الحالة سوف يتعذر على رب العمل مباشرة دعوى الضمان ، و بذلك تكون قد فاتت عليه الحماية التي أراد المشرع إسباغها عليه .

ثانيا : تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام و أثر ذلك :

إذا كان ليس ثمة فارق الآن ، بين كل من التشريعين،الجزائري و الفرنسي ، فيما يتعلق بخضوع مدة الضمان العشري لأحكام النظام العام ، إلا أن الأمر لم يكن كذلك فيما مضى ، و حتى تاريخ العمل بالقانون رقم 12 لسنة 1978 (2) ، الصادر بالإصلاح الشامل لأحكام المسؤولية و التأمين في مجال التشييد و البناء ، ذلك أن التشريع الجزائري كان الأسبق في تعليق مدة الضمان العشري بالنظام العام، من التشريع الفرنسي ، الذي لم يلحق به في هذا الخصوص إلا بهذا الإصلاح الأخير .

و على ذلك ، نرى أن نتناول مدى تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام، في التشريعين الجزائري و الفرنسي ، على أن نردفها بالتحدث عن أثر هذا التعلق.

01- مدى تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام : بالرجوع إلى التشريع الجزائري ، نجد أن المادة 556 من القانون المدني تقضي بما يلي :

(يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري و المقاول من الضمان أو الحد منه).

و على ذلك ، فلا يداخلنا شك – إزاء صراحة هذا النص و مبررات صوغه- أن المشرع أراد بذلك إخضاع أحكام هذا الضمان في مجموعها للنظام العام (3).

01- أو قبل ذلك بيوم أو أكثر و كانت المدة الباقية عطلة رسمية، بحيث لا يستطيع رب العمل أن يباشر فيها دعوى الضمان .

02- أي حتى جانفي 1979 ، أنظر في تاريخ سريان هذا القانون :

Liet – Veaut : " La loi du 04 janvier 1978 : Deux régimes parallèles responsabilité des constructeurs ". G. P. 1979-1, p 149 et s.

01- و هو ما اتفق عليه الفقه في مصر أيضا ، انظر في ذلك : السنهوري ، المرجع السابق ، ص 139 – عبد الناصر توفيق العطار : تشريعات تنظيم المباني و مسؤولية و المهندس و المقاول ، ط 1972 ، مطبعة السعادة ، ص 373.

و يعد تعلق مسؤولية المشيدين بالنظام العام من أهم خصائص مسؤوليتهم الخاصة التي يتجلى فيها القانون الوضعي معهم عما تقضي به القواعد العامة ، فمن المعلوم أن القواعد العامة تجيز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي .

و بذلك يكون المشرع الجزائري قد حقق الحماية المبتغاة من تقرير أحكام هذا الضمان، و بدون هذا المسلك لم تكن تلك الحماية محققة، أمام الشروط الاتفاقية التي كانت ستعصف لا محالة بكل أثر مقصود منها.

و لعل مبررات إخضاع أحكام الضمان العشري للنظام العام ، ترجع إلى أهمية أحكامه بالنسبة للأمن العام و السكينة العامة للمواطنين و المحافظة على أرواحهم و أموالهم ، و ما يقدمه كل ذلك من حماية قانونية للصالحين العام و الخاص ، و أن القول بغير ذلك سوف يفوت تلك الحماية التي أراد المشرع إسباغها على رب العمل ، و يعرض أمن المواطنين و سلامتهم للخطر ، و أموالهم و ممتلكاتهم للضياع .

أما المشرع الفرنسي ، فقد سكت عن بيان ذلك منذ تقنينه للمجموعة المدنية سنة 1804 ، و حتى صدور هذا الإصلاح الشامل لأحكام هذه المسؤولية ، بالقانون رقم 12 لسنة 1978 سالف الذكر .

و إزاء هذا الصمت من جانب المشرع الفرنسي طيلة القرنين من الزمان، تفرق الرأي في هذا الخصوص في اتجاهين متباعدين، بين منكر و مؤيد، و لكل حججه و أسانيده.

و يستند المؤيدون إلى الطابع الاستثنائي لأحكام الضمان العشري (1) . كما استند البعض أيضا ، إلى أهمية هذه الأحكام بالنسبة للأمن العام و السكينة العامة للمواطنين (2) .

01- Planiol et Ripert Rouaste : Traité pratique de droit civil français .III, par Boulangier 3 éd .1949, p 176 et s; Flamme (A) et le Paffe (J) : Le contrat d'entreprise, Bruxelle, 1966, p 361 et s .

02- Planiol et Ripert Rouaste: I bid , p 362; caston :Op .Cit , p 107.

أما المنكرون لإسباغ طـــابع النظـــام العـــام علـــى أحكـــام هـــذا الـــضمان العشـــــــــــــري ، فيستندون في ذلك – و على عكس ما يقول به المؤيدون – إلى سلب الطابع الاستثنائي أو القانوني من هذه الأحكام ، و القول بأنها مجـــرد تطبيـــق عادي للقواعد العامة في المسؤولية العقدية .و مع ذلك فإن القائلين بهـــذا الـــرأي لا ينكرون الطابع الاستثنائي للمدة العشرية إذ يرون فيها الحكم الوحيد الذي يخرج عن نطاق القواعد العامة (1).

غير أنه بصدور القانون رقم 12 لسنة 1978 ، قرر المـــشرع الفرنـــسي بموجب المادة 05/1792 منه أن (كل شرط يتضمنه العقد ، يكون مـــن شـــأنه أن يستبعد أو يحد من المسؤولية المنـــصوص عليهـــا بـــالمواد 1792 ، 1792- 1 ، 1792-25 ، أو ، أن يستبعد أو يحد أيضا من الضمان المنصوص عليـــه بالمـــادة 1792-3 يعتبر كأن لم يكن).(2)

و بذلك يكون المشرع الفرنسي قد فصل في مسألة تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام، فسد كل ثغرة للاختلاف أو للقول بعكس ذلك، و طابق فـــي اتجاهـــه التشريع الجزائري.

02- <u>أثر تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام</u>: تجدر الإشارة هنا ، إلـــى أن تعليق حكم معين بالنظام العام ليس غاية في حد ذاته ، إنما هو مجرد وسيلـــــة

01- أنظر من أحكام القضاء المدني : : Cass. Civ. 13/11/1967, D .1978, p 104 ; Cass. Civ : 07/05/1971, J-C-P .1972-2-16992, obs. Liet – Veaux .

و هو الاتجاه الذي سار عليه أيضا فقه القانون الإداري ، انظر في ذلك : Cantelaube (Clodette) : La responsabilité décennale des entrepreneurs en droit public français , Paris .1966, p 165 et s : (Nous avons déjà indiqué que les marchés de travaux publics pouvaient stipuler un délai de responsabilité plus long ou plus court, que le délai de habituel, de la responsabilité décennal, n'étend pas d'ordre public, elle peut être modifier dans sa durée comme dans son étendue.)

02 - Art.1792/5 (L .78-12 du 04 Jan 1978 : (Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792 , 1792-1 et 1792-2 , soit d'exclure la garantie prévue à l'article 1792-3 ou d'en limiter la portée Soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4 , et réputée non écrite .)

لتحقيق غاية معينة ، و هي سد كل ذريعة تؤدي إلى الانفلات من هذا الحكـــم أو الهروب من تطبيقه ، سواء كان ذلك عن طريق الاشتراط صراحة من جانب المدين بهذا الحكم ، أو النزول ضمنيا ، بالسكوت من جانب الطرف الدائن بتطبيقه.

لـــــــــذلك فـــــــــإن أثـــــــــر هـــــــــذا التطبيـــــــــق يبتـــــــــدئ إذن في مدى صحة تلك الشروط ، و مدى جواز النزول عنها (أ) ، ثم مدى ســلطة القاضي في التمسك بانقضاء المدة إذا لم يتمسك بها المدين بها(ب) .

أ-حكم الشروط الاتفاقية المتعلقة بمدة الضمان العشري: هذه الشروط إما أن تكون مخففة أو معفية، أو تكون مشددة.

الفقرة الأولى: حكم الشروط المخففة أو المعفية: إن الاتفاقات التي يقصد منها الإعفاء من الضمان العشري أو الحد منه باطلة في التشريع الجزائري بصريح عبارة المادة 556 مدني ، التي تنص صراحة على : (بطلان كل شرط في العقد يقصد به إعفاء المهندس المعماري و المقاول من الضمان أو الحد منه) .(1)

و يقصد بالإعفاء في حكم هذه المادة، الاتفاق على عدم الضمان مطلقــا، أو الحد من الضمان الذي يقصد به الاتفاق على مدة أقل من مدة الــضمان المقـــررة قانونا و هي عشر سنوات، كأن تنقص مثلا إلى 08 أو 05 سنوات. كما لا يجـــوز أيضا الاتفاق على أن الضمان يشمل بعض الأعمال المكلــف بهـــا المــشيد دون الأعمال الأخرى (2)، فكل هذه الاتفاقات باطلة حسب نص المادة سالفة الذكر.

أما المشرع الفرنسي فقد سار في نفس اتجـــاه المـــشرع الجزائـــري، بعـــد الإصلاح الذي تم بالقانون رقم 12 لسنة 1978، و الذي انحاز إلى الرأي القائـــل بتعليق أحكام هذا الضمان بالنظام العام. و قد نتج عن ذلك اعتبار كل شرط يرمي إلى استبعاد أحكام الضمان العشري أو الحد منه كأن لم يكن (3).

01- تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع أشار إلى المهندس المعماري و المقاول ، إلا أنه ينبغي تعميم حكم هذه المادة على جميع المشيدين تماشيا مع التعديلات التي ألحقها على النطاق الشخصي لأحكام هذا الضمان ، أنظـــر فيما بعد ص 166: 214 من هذا البحث.

02- أنظر : السنهوري ، المرجع السابق ، ص 141 - محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 263 .

03- نظر المادة 1792-5 ، الصفحة السابقة من البحث.

و بهذا النص الصريح و القاطع، يكون المشرع الفرنسي قد قطع قـول كـل خطيب بخصوص حكم هذه الشروط المخففة أو المعفية، و اعتبرها باطلـة بطلانـا مطلقا، و كأنها لم تكن (1). فتوحد بذلك الحكم في القانونين الجزائري و الفرنـسي بشأن هذا النوع من الشروط.

الفقرة الثانية : حكم الشروط المشددة :

قد يجد الأطراف أن العمل المطلوب تنفيذه بموجب عقد المقاولة من نوعيـة خاصة ، سواء من حيث جسامته ، أو دقة العمل فيه (2) ، فيقدرون فيما بيـنهم أن مثل هذا العمل سوف لا تكفي المدة المحددة قانونا – و هي عشر سنوات – لصدق تجربته و كشف ما يعتريه من عيوب (3) ، فيتفقون على زيادة مدة الضمان ، فما حكم هذا الاتفاق ؟ .

يجمع الفقه الفرنسي على صحة مثل هذا الاتفاق إن وجد (4)، كما تـواترت أحكام القضاء على ذلك (5).

و رغم أن المشرع الجزائري لم يقض بصحة مثل هذه الشروط المشددة أو

---

01 - Boubli : Op . Cit , p 233 ; Caston : Op . Cit , p 267 .

02– السنهوري ، المرجع السابق ، ص 124 .

03- Saint – Mourice (B) : La responsabilité des architectes et entrepreneurs après les travaux . Thèse Grenoble , 1940 , p 100.

04- Bricmont (G) : La responsabilité des architectes et entrepreneurs en droit belge et droit français . Bruxelles- Paris, 2 éd, 1965. p90; Soinne : Op. Cit, p 735 : (Les disposition aggravant la garantie des constructeurs n'ont jamais présente de difficulté elle correspondent trop au soucide la jurisprudence d'assurer la protection du maître de l'ouvrage .); Mazeaud (H L et J) : Op . Cit , p 828 : (L'interdiction ne frappe pas les clauses qui accorderaient au maître des garanties plus fortes , par exemple un délai de garantie plus long.) .

05– و إن كانت أحكام القضاء نادرة في هذا الخصوص، لندرة مثل هذا النوع من النزاعات، لكن أنظر على سبيل المثال: Cass. Civ : 18/11/1929, cité par Bricmont : Op. Cit, p 90.

في حين أن قضاء مجلس الدولة متواتر في هذا الخصوص : C.E, 3/1/1881; 2/12/1892 ; 21/1/1927, cité par : Jean Dufeau: Op. Cit, n 49 ; C.E 6/6/1984 : Rec . C.E. 1984. p 219.

ببطلانها، إلا أنه يكمن القول أن مثل هذه الشروط صحيحة لا غبار عليها، و ذلك للأسانيد الآتي ذكرها:

السند الأول: اتفاقها مع القواعد العامة في هذا الشأن، إذ أن العقد شريعة المتعاقدين (1).

السند الثاني : أن المشرع الجزائري لم ينص في المادة 556 مدني إلا على بطلان الشرط الذي يقصد به إعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد منه ، و مفهوم المخالفة لذلك ، أن الشرط الذي يقصد به تشديد الضمان ليس بمنصوص على بطلانه ، فيكون مرده للقواعد العامة ، و هي تجيزه .

السند الثالث: اتفاقه و قصد المشرع من تشديد أحكام هذا الضمان، تحقيقا للصالحين العام و الخاص، و ربط تلك الأحكام عامة – بغية الوصول إلى تلك الغاية – بالنظام العام (2).فمن المعلوم دائما، أن التقدير الزمني في السياسة التشريعية، يبنى على غالب الأمر و ظاهره (3)، فإذا ما رأى الأطراف أن هذه المدة لا تفي بالغرض في حالة ما، جاز لهم الاتفاق على إطالتها بما يحقق أغراضهم.

إلا أنه إذا كان التشديد في مدة الضمان مسموح به وفقا لعجز المادة 556 مدني جزائري، و تطبيقا للقواعد العامة، ينبغي مع ذلك، التحفظ من أرباب العمل– خاصة عندما يكونون هم الطرف الأقوى في عقد المقاولة –(4) عندما يضمنون عقودهم شروط تقضي بإطالة مدة الضمان بطريقة لا تتناسب و واقع العمل

01– و في هذا الصدد تقضي المادة 106 من القانون المدني الجزائري بما يلي: (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون).

02- Mazeaud (H , L , et J) : Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle , T.2. 6 éd. 1970 , p 137 , ou il décide : (Etant donné le but poursuivi par le législateur en édictant les articles 1792 et 2270 , il n'est aucune raison d'interdire les clause aggravant la responsabilité , on décidera par exemple que le délai de garantie sera prolongé au – délai de dix années) .

03- Flamme (A) et le Paffec (J) : Le contrat d'entreprise. Bruxelles, 1966. p 367. Ou il décide : (Toute fois, c'est seulement le régime minimum de responsabilité établi par la loi qui est l'ordre public).

04– فقد يكون رب العمل شركة كبرى و المعماري فرد أو مكتب صغير أو شركة صغيرة أو مبتدئة.

المطلوب تنفيذه ، إذ هو في المستوى العادي من الأعمال ، و الذي قدر المشرع كفاية العشر سنوات له ، لتجربته و اختبار صلابته و اكتشاف ما قد يعتريه من عيوب (1) ، إذ أن مثل هذه الشروط تشكل تجاوزا لقصد المشرع ، و الذي و إن كان يرمي لحماية أرباب العمل ، قصد به أيضا إبراء ذمة المشيدين من المسؤولية عن هذه الأعمال بعد فوات مهلة العشر سنوات ، مما يحثهم على التجديد و الابتكار فيه ، كما هو الشأن دائما في المسؤوليات المهنية (2).

و إذا كان المشرع الجزائري، قد قرر بالنص الصريح (المادة 556 مدني) بطلان شرط الإعفاء أو الحد من مدة الضمان، فأصبح بذلك هذا البطلان متعلقا بالنظام العام (3). فإن أمر التشديد، بإطالة مدة الضمان بالنسبة للحالة محل التحفظ، يمكن رده في نظرنا للقواعد العامة فيما يتعلق بشروط الإذعان في التعاقد (4)، باعتبار أن هذه الشروط تعتبر في حقيقتها من شروط الإذعان التي يذعن بموجبها الطرف الضعيف في العقد (5) لرغبة و إرادة الطرف القوي (6).

ب- سلطة القاضي في التمسك بمدة الضمان إذا لم يتمسك بها المدين بها:

في هذه الفقرة سنتعرض للفرض التالي : بعد تحقق سبب الضمان في أي صورة من صوره ، ثم بعد أن انتهت مدة الضمان رفع رب العمل دعواه مطالبا بحقه في الضمان ، فهل يملك القاضي أن يثير من تلقاء نفسه مسألة انقضاء مهلة الضمان أم لا بد أن يدفع المدعى عليه بذلك ؟ .

01- Saint – Mourice (B) :Op.Cit, p 100. Ou il décide : (Mais, d'un autre coté, il faut éviter de faire presser trop longtemps sur les constructeurs une responsabilité d'autant plus lourde).

02- Saint – Mourice (B): I bid, p 100.

03- و هو ما سبق الإشارة إليه ، انظر ص 78 من هذا البحث.

04- و في هذا الصدد ، تقضي المادة 110 من القانون المدني الجزائري بما يلي : (إذا تم العقد بطريقة الإذعان ، و كان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .)

01- و يقصد به هنا ، المهندس المعماري أو المقاول أو غيرهما من المعماريين .

02 – و الفرض هنا أنه رب العمل .

الرأي الراجح في هذه المسألة بالنسبة لمدة السقوط (1) ، هو التفرقة بين ما إذا كان السقوط مقررا لمصلحة خاصة أو لمصلحة عامة ، فإذا كان مقررا لمصلحة عامة ، تعين على القاضي إثارته من تلقاء نفسه ، أما إذا كان المستفيد من السقوط هي مصلحة خاصة ، فليس للقاضي أن يتعرض له من تلقاء نفسه ، بل لا بد من أن يدفع به صاحب المصلحة فيه (2) ، و لما كانت المصلحة المستفيدة بالسقوط في المسألة المعروضة ليست مصلحة عامة (3) ، بل هي مجرد مصلحة خاصة بالمشيد أو المشيدين ، المدعى عليهم بالحق في الضمان ، إذ أن الحكم بالسقوط في هذه الحالة سوف يكون من شأنه أن يبرئ ذمة المدعى عليه من الالتزام و التعويض (4) . و ما دام المستفيد من السقوط – كما هو واضح – مجرد مصلحة خاصة، لزم أن يدفع به صاحب هذه المصلحة، و امتنع على القاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه، و هو رأي الغالبية من الفقه الفرنسي (5).

<u>الفرع الثاني</u>: <u>النظام القانوني لمدة الضمان العشري:</u>

خلصنا فيما سبق إلى أن مدة الضمان العشري ليست مدة تقادم، إنما هي مدة سقوط قررها المشرع سواء في الجزائر أو في فرنسا، و لما كان لكل أجل بداية و نهاية، فما هي بداية هذه المدة العشرية التي قررها المشرع لرب العمل ؟ و كيف تحسب ؟ .

إن الإجابة على هذه التساؤلات ، يتطلب التعرض لها في نقطتين كالتالي:

01- سبق أن أشرنا أن الرأي الراجح في طبيعة مدة الضمان العشري أنها مدة سقوط لا تقادم، أنظر في ذلك، ص 73 إلى 77من هذا البحث .

02- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ط 1970، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 446 – إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، ج 02، أحكام الالتزام، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، ص 457.

03- لتحقق سبب الضمان و المصلحة العامة تقتضي عدم تحققه.

04- عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 337.

05- Mazeaud :(H L et Y) : Leçon de droit civil français, T II, 05éd .1973 . par juglart . p 131 ; Gabold (chr) : La responsabilité décennale en droit public, J.C.P 1968-1-2191 .n 06 –Labin (JE) :Op.Cit, p 151.

أولا : سريان مدة الضمان العشري و أحكامه .

ثانيا : انتهاء مدة الضمان العشري و أحكامـــه .

أولا : سريان مدة الضمان العشري و أحكامه : نتناول هذه المسألة في سبعة فقرات ، نوردها تباعا :

فقرة أولى : بدء سريان مدة الضمان العشري (1): نص المشرع الجزائري صراحة في المادة 554 من القانون المدني على أن تبدأ مدة العشر ســنوات فـــي السريان من وقت التسلم النهائي للعمل (2) ، و هي المدة التي يجــب ان يحـــدث خلالها التهدم أو يظهر العيب المؤثر ، فالعبرة في تحديد تاريخ بداية سريان مـــدة الضمان العشري في القانون المدني الجزائري بالتـــسلم النهـــائي La réception définitive ، فهو وحده الذي يفيد معنى القبول ، و المشرع الجزائـــري حـــسنا فعل ، إذ يكون بهذا الموقف قد وضع حدا لأي نزاع يمكن أن ينشأ بين الأطـــراف المعنية ، بخصوص تحديد نقطة بداية سريان الضمان العشري .

و بخلاف المنهج الذي نهجه المشرع الجزائري ، فإن المشرع الفرنسي أخذ في المادة 2270 مدني بالتسليم كتاريخ لبدء سريان مدة الضمان العشري ، دون أن يفرق في ذلك بين التسليم المؤقت و التسليم النهائي (3) ، و هو ما يثير إشكالية في حالة الأخذ بنظام ازدواجية التسليم (4)، فقد تنص الصفقة على تـــسليم مـــزدوج ، أحدهما مؤقت ، يليه تسليم نهائي ، و قد جرت العادة على أن يفصل بينهما مدة

01- ثلاث وقائع ، يمكن أن يتخذ تاريخ حدوث أي منها تاريخا لبدء سريان مدة الضمان العشري : واقعة تمام إنجاز الأعمال الموكولة إلى المشيد ، و ثانيها : واقعة تسلم الأعمال مقبولة من رب العمل ، و ثالثتهـــا : واقعة الاستيلاء المادي من رب العمل على الأعمال المنجزة ، سواء كان ذلك قبل تمام الإنجاز أو بعده . و انظر في بدء سريان هذه المدة رسالتنا للماجستير سالفة الذكر : ص 80 .

02- حيث قضت الفقرة الثانية من هذه المادة بما يلي : (و تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تـــسلم العمـــل نهائيا).

03- Art 2270 : Tout personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée en vert des articles 1792 à 1792/2 , après dix ans à compter de la réception des travaux…).

04 – هذه المشكلة يمكن أن تثور في فرنسا بشأن مهلة دعوى الضمان أيضا ،حيث تتحد المدتان .

سنة (1)، فيثور التساؤل عما إذا كانت مدة السنوات العشر تحسب من التسليم المؤقت أو يرجا حسابها حتى تمام التسليم النهائي للأعمال ، حالة عدم وجود اتفاق صريح في هذا الشأن (2) ، و قد انقسمت الإجابة عن هذا التساؤل ، في الفقه و القضاء الفرنسيين إلى اتجاهين أساسيين :

الاتجاه الأول: يعتد بالتسليم المؤقت (3) و تتلخص حججه فيما يأتي:

01- أن مدة الضمان العشري هي مهلة تجربة أو اختبار لمتانة البناء و سلامته من العيوب، و هذه التجربة تبدأ من الناحية الفنية من أول يوم يعاين فيه هذا البناء (4).

02-أن العيوب التي تؤخر التسليم النهائي للأعمال غالبا ما تكون عيوبا تافهة، بمعنى أن أجزاء البناء التي يجري إصلاحها في الفترة ما بين التسليمين ، غالبا ما تكون أجزاء ثانوية بالمقارنة لمجموع العمل المشيد ، بما يمكن القول معه بأنه بالنسبة لهذا المجموع يعتبر المشيدون قد أوفوا بالتزاماتهم في مواجهة رب العمل ، و ليس من العدل أن تعاد المهلة العشرية من بدايتها مرة أخرى ، بالنسبة لمجموع الأعمال المنفذة ، لمجرد ظهور خلل تافه (5).

03- أن الاعتداد بالتسليم النهائي من شأنه أن يؤدي إلى زيادة سنة أخرى على الأقل ، لمدة ضمان هي من قبل طويلة (6).

و تعبيرا عن هذا الاتجاه، قضت محكمة استئناف Lyon، بأن التسليم المؤقت

01- و يؤكد بعض الشراح أن الأمر هنا يتعلق بمحض شرط تعاقدي بدون وجوده لا يمكن أن يكون هناك إلا تسلما واحدا يكون نهائيا : Bricmont: p 68.

02- أما في حالة الاتفاق الصريح، فإن المحاكم تطبق ما اتفق عليه المتعاقدان، أنظر مثلا: Cass . Civ .03/04/1979 أشار إليه محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 255 ، هامش 22.

03- V. par ex : Cass.Civ. 27/11/1973- 23/06/1970.

أشار إليها محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 255 ، هامش 23.

04- V. Liet- Veaut cité par Labin :Op .Cit , p 116.

05- V. Soinne (B) : Op .Cit, p 544

06- V. Labin : Op. Cit, p 117.

يكشف عن انتهاء الأعمال و عن نية المالك في حيازة البناء (1). و قد جاء في حكم لمحكمة Versailles (2) أنه : (كان يجب أن يؤخذ في الاعتبار تاريخ زيارة اللجنة الإدارية ، التي اقترحت فيه تسلم البناء تسلما مؤقتا ، متى كانت الملاحظات التي أبدتها على الأعمال – خلال زيارتها – لا تخص سوى أمور بسيطة ، إذ تعتبر الأعمال – من تاريخ هذه الزيارة – صالحة لأن تسلم ، حتى و لو كان محضر التسليم يحمل تاريخا لاحقا).

و في الصفقات التي تتضمن مجموعة من المباني، قضي بأن مبدأ سريان مدة الضمان العشري يتحدد بتاريخ كل تسليم مؤقت على حدة، رغم كونه في حقيقته مجرد تسليم جزئي (3).

و يبدوا أن أنصار هذا الاتجاه قد تأثروا – فضلا عن الحجج المذكورة أعلاه- بما كانت تجري عليه العقود النموذجية إذ ذاك (4) و التي كان يصل بعضها إلى حد الاعتداد – في احتساب مدة الضمان العشري – بيوم حيازة البناء من قبل رب العمل.

غير أن الحجج سالفة السابقة لم يكن من شأنها أن تقنع جانبا آخر من الفقه و القضاء، الذي رأى ضرورة الاعتداد عند تحديد مبدأ سريان مدة الضمان بالتسليم النهائي للأعمال (5)، و حجتهم في ذلك أن التسليم المؤقت كما يدل عليه

01-حيث كانت تنص صراحة على احتساب مدة الضمان العشري من وقت التسليم المؤقت للأعمال.

02- V. par ex : Cass.Civ.17/05/1965. Bult.Civ.1965, p237, n 234; Cass. Civ 21/06/1972 .Bult.civ .1967, p .169, n 229; Cass. Civ 18/04/1972.Bult .civ .1972, p .168, n 234; Cass. Civ .31/05/1965 cité par Labin .p.122 .و

أنظر أحكام مجلس الدولة المشار إليها في: Labin: Op.Cit ; p123; Caston: Op.Cit ;.p.120 .

03- V.Cass.Civ . 5/5/1970 Bul.civ.1970, p 322, n 304.

04- حيث كانت تنص صراحة على احتساب مدة الضمان العشري من وقت التسليم المؤقت للأعمال.

05- V. par ex: Cass . Civ .17/5/1965 Bul .Civ.1965, p 237, n .320 ; Cass.Civ 21/6/1967 Bul .civ .1967, p 169, n 229; Cass.Civ .18/3/1970 Bul .civ .1970, p 152, n207; Cass.Civ 18/4/1972 Bul . Civ .1972, p .168, n 234 ; Cass . Civ .31/5/1965 cité par : Labin : Op.Cit,p.122.

الاصطلاح نفسه ، ليس له إلا صفة تمهيدية (1) ، و أن حيازة البناء خلال فتـــــرة التسليم المؤقت لا تمكن رب العمل إلا من مجرد فحص سريع له (2). و أن العيوب التي تؤخر التسليم النهائي للأعمال قد تكون عيوبا خطيرة ، و طالما أنها لم تكن قد عولجت فإنه لا يمكن القول بان المشيد قد أوفى بالتزاماته كاملة في علاقته بـــــرب العمل (3) ، ذلك أن التسليم النهائي هو الذي يعبر بدقة عن " سير تنفيذ الـــصفقة" (4) ،حيث لا تعتبر الرابطة التعاقدية قد وصلت إلى نهايتها الزمنية في العلاقة بـــين الطرفين إلا بالتسليم النهائي الذي يرفع مجموع التحفظات (5) ، و تعبيرا عن هذا الاتجاه قضت بعض المحاكم بأن البناء الذي لم يعلن عن تسلمه النهائي بعد "يجب أن يعتبر قانونا و كأنه لم يستلم بعد"(6).كما قضي بأن"التشييد لا يعتبر قد اكتمل إلا منذ التسليم النهائي للأعمال ، بحسبان التسليم المؤقت يتضمن تحفظ عام ضمني "(7).

كما قضي " التشييد لا يعتبر قد اكتمل إلا منذ التسليم النهائي للأعمـــال ، بحـــسبان التسليم المؤقت يتضمن تحفظ عام ضمني "(8) ، بل قـــضي بـــان إدراج تحفظـــات بمحضر التسليم النهائي نفسه يحول دون بدء سريان المدة العشرية ، ما لم تكن هذه التحفظات تتعلق بعيوب تافهة الأهمية (9).

غير أن هناك اتجاه توسط الرأيين السابقين ، و يعتمد على الإرادة الحقيقيـــة لرب العمل و إجازته ، سواء في مجموعه أو في جزء منه ، أم العكـــس . و لقـــد تنوعت سبل هذا الاتجاه في الوصول إلى هذا المبتغى، بين موجب علـــى المحـــاكم الموضوعية أن تبحث عن اللحظة التي يعتبر فيها رب العمل قد أعطى موافقته على الأعمال دون تحفظ (10).

01-02- Caston : Op.Cit, p.120.

03 - Labin: Op.Cit, p.116.

04-05- "Le mécanisme du marché", cité par : Labin. p 120.

06- Rennes 09/01/1963.

أشار إليه محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 259.

07- V.Paris 8/3/1971 cité par Boubli : op. cit ; p 166.

08- V. Pari 08/03/1971 cité par Boubli : op.cit, p 166.

09- V.C.E, 20/10/1965 ; 26/05/1967 cité par Caston : Op.Cit, p 121.

10- Labin : Op.Cit, p 123.

و أخيرا و أمام كل هذا الخلاف أخذ المشرع الفرنسي يسير نحو العدول عن هذه الازدواجية في التسليم و الأخذ بنظام التسليم الواحد .و قد كرس هذا الاتجاه، في مجال الأشغال الخاصة، العقد النموذجي الذي وضع في نوفمبر 1972، و في مجال الأشغال العمومية، كراسة الشروط الخاصة الجديدة لهذه الأشغال، و التـــي أيـــدها مرسوم 1976/01/21 (1).

ثم قنن هذا الميل تشريعيا ، بقانون 04 جانفي 1978 ، و الذي أكمل نظـــام التسليم الواحد ، بمكمله الضروري ، حين استحدث نوعا جديدا من الضمان ، يتحمل به المقاول في علاقته برب العمل ، ما يعرف بضمان تنفيذ الأعمال علـــى الوجـــه الأكمل (2).

و قد لاقى هذا الاتجاه ترحيب الفقه الفرنسي (3) حتى أن بعض الشراح قـــد رأى في واحدية التسليم التي نص عليها قانون 1978 من القواعد الآمـــرة التـــي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها (4).

هذا بالنسبة لحالة ازدواجية التسليم التي طرحت إشكالا في فرنسا، و الذي لا مجال لطرحه على مستوى التشريع الجزائري، الذي حدد نقطة بداية سريان مهلـــة الضمان العشري بالتسليم النهائي للعمل.

غير أنه قد يتم التسليم بصورة مجزأة، بمعنى حصوله على مراحل كلما أتـــم المقاول جزءا من الأعمال، فما هو الحل في مثل هذه الفرضية ؟.

01- Caston : Op.Cit, p 85 et 86.

02 – حيث أضافت المادة الثانية من قانون 1978 ، إلى المادة 1792 من المجموعة المدنية الفرنـــسية ، ســـت مواد جديدة ، من بينها المادة 6/1792 التي يجري نصها على النحو التالي: (يمتد ضمان تمام الأعمـــال علـــى الوجه الأكمل ، و الذي بواسطته يكون المقاول مسؤولا – خلال مدة سنة من تسلم الأعمال – عن إصلاح جميع العيوب المشار إليها من قبل رب العمل سواء بطريق التحفظات التي ذكرها في محضر التـــسليم ، أو بطريـــق الإخطار الكتابي للعيوب اللاحقة ....)

03- V.par .ex : Labin : Op. Cit ; p.123.

04- Costa : Op . Cit ; p42.

و إن كان ذلك لا يعني – عنده – أن القانون قد حظر أن ينظم الطرفان بحريتهما طريقة تنفيـــذ التـــسليم مـــن الناحية العملية ، و منها التسليم على مراحل ، كل ما في الأمر أنه يلزم ألا يحرر بالتسليم إلا محضرا واحدا ، و أن تاريخ هذا المحضر هو الذي بعتد به وحده بالنسبة لمجموع مراحل التسليم .

الفقرة الثالثة: التسليم الكلي و التسليم الجزئي: في مثل هذه الفرضية، نكون في النهاية أمام مجموعة من التسليمات، يرتب كل تسليم منها أثره من يوم حصوله، في خصوص الجزء من الأعمال الذي يتعلق به (1).

و مثل هذا الفرض يتصور في الفرض الذي تتضمن فيه الصفقة إنشاء مجموعة من المباني أو الوحدات المنفصلة، إذ تقتضي مصلحة كل من المقاول و رب العمل، تسليم كل وحدة فور انتهاء العمل فيها.

و قد قضي في هذا الشأن في القضاء الفرنسي بأن وحدة الصفقة المتعلقة بتنفيذ مجموعة من الأبنية لا تحول دون حصول تسليمات منفصلة بالنسبة لكل مبنى منها، يستقل كل منها بآثاره، و بخاصة فيما يتعلق بمبدأ سريان مهلة الضمان العشري (2).

و في حالة تعاقد رب العمل مع مجموعة من المقاولين من ذوي التخصصات المختلفة ، بعقود منفصلة ، فلا يلزم أن يكون التسليم موحد بالنسبة لهم جميعا و إنما لرب العمل أن يتسلم من كل منهم على حدة ما أتمه من الأعمال الخاصة به (3) ، بل و الجزء من عمل كل منهم الذي تم (4) ، و السند في ذلك ما تقضي به المادة 1791 من التقنين المدني الفرنسي من أنه "حيث يتعلق الأمر بعمل (أو بصنع شيء)من عدة أجزاء أو بالقطعة ، فإن فحصه يصح أن يكون بالأجزاء ، و يفترض في هذا الفحص قد تم بالنسبة لكل جزء دفع أجره ، متى كان الاتفاق يقضي بأن الأجرة تستحق للعامل (المقاول) بالنسبة لكل عامل منفذ ".، و إن كانت هذه المادة في الحقيقة تتعلق بعقد المقاولة بوجه عام أكثر مما تتعلق بصفقات البناء على وجه الخصوص (5).

01- En ce sens: Labin : Op.Cit; p118.

02-Cass.Civ.05/05/1970.

أشار إليه : محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 72 ، هامش : 72.

03- En ce sens : Mazeaud (H,L,J) :p 130; Caston :Op.Cit; p98.

04 - Mazeaud (H,L,J):p87.

05- En ce sens: caston :Op.Cit ; p 98.

الفقرة الرابعة: إشكالية امتناع رب العمل عن تسلم الأعمال المنجزة: الوضع الطبيعي للأمور أن يتم التسليم بشكل ودي في العلاقة بين المقاول و رب العمل، لكن الأمور لا تسير دائما على هذا النحو.

و اعتبارا لذلك ، نص المشرع الجزائري في المادة 558 من القانون المدني (1) على ما يلي : " عندما يتم المقاول العمل و يضعه تحت تصرف رب العمل ، وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر العمل قد سلم إليه ، و يتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار "(2).

و يقابل هذا النص في القانون الفرنسي ما تقضي به المادة 1792-6 من قانون 04جانفي 1978 من أن التسليم "يتم بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة
قانون 04جانفي 1978 من أن التسليم "يتم بناء على طلب الطرف صاحب المصلحة في التعجيل به ، و ذلك بشكل ودي و إلا فقضائي...".

و رغم ما قد يبدو – في الظاهر– من اختلاف بين النصين ، إذ يكتفي الأول بإنذار رسمي يسجل به المقاول على رب العمل امتناعه غير المشروع عن تسلم الأعمال ، فيما يستلزم الثاني – في حالة عدم حصول التسليم الودي – لجوء المقاول إلى القضاء للحكم له بهذا التسليم ، فإن الحقيقة أنه ليس بينهما فرق كبير من الناحية العملية (3).

ذلك أن اشتراط النص الجزائري ، ضرورة أن يكون امتناع رب العمل عن التسلم يفتقر إلى السبب المشروع ، سوف يؤدي بالطرفين في النهاية إلى ساحة القضاء ، عند اختلافهما حول وجود هذا السبب المشروع .

01– و قد جاء المشرع الجزائري بهذه المادة في إطار التعديل الوارد بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/07/20.

02– و هو ما يطلق عليه التسليم الحكمي .

03–و قبل هذا النص المستحدث ، كان القضاء الفرنسي يدين الموقف التسويفي من جانب رب العمل في شأن تسلم الأعمال ، أنظر :

C.E.13/12/1940. cité par Labin .p.109.

و تكون ميزة النص الجزائري أنه يحمل رب العمل الممتنع عــبء المبــادرة فــي اللجوء إلى القضاء لحسم هذه المسألة (1) ، فيما يلقي النص الفرنسي بهذا العــبء على المقاول ، ما دام أنه بالفرض هو صاحب المصلحة في التعجيل بالتسليم و كأن رب العمل قد رفض تسلم الأعمال وديا دون سبب مشروع .

هذا و يثير النص الفرنسي تساؤل الشراح حول الوقت الذي تترتب بدءا منه، آثار هذا التسليم القضائي ، خصوصا إذا كان اللجوء إلى القضاء قد تــأخر لــبعض الوقت، أو كان رب العمل – مثلا- قد عمد إلى إطالة أمد النــزاع فــي خــصومة التسليم (2).

و في هذا الشأن يرى البعض أن لقضاة الموضوع أن يعتبروا التسليم قد تــم ، فــي تاريخ سابق على رفع الدعوى متى قد رأوا- أخذا من ظروف الواقع- أن الأعمال كانت في هذا التاريخ قد اكتملت بالفعل و بشكل مطابق لما تم الاتفــاق عليــه بــين المتعاقدين(3).

الفقرة الخامسة: أثر إصلاح بعض العيوب خلال مدة الضمان: يستقر القضاء الفرنسي على أن أعمال الإصلاح التي ينفذها المقاول لعيوب ظهرت خــلال مــدة الضمان الأصلية (4) ، من شأنها أن تخول صاحب البناء مدة جديدة (5) ، لضمان حسن تنفيذ هذه الأعمال ، يمكن خلالها أن يرفه دعوى الــضمان إذا تبــين عــدم فعاليتها.و تحسب هذه المدة الجديدة من يوم تسلم الأعمال (6)، أو بعبارة أخرى من يوم قبولها من جانب صاحب البناء (7).

01- فإن لم يبادر برفع دعوى، اعتبر أنه قد استلم الأعمال بحكم القانون، و تبدأ مهلــة العــشر ســنوات فــي السريان من تاريخ الإنذار الرسمي.

02- محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 165.

03- Costa :Op. Cit ; p 42.

04- و هي السنوات العشر التالية مباشرة للتسلم .

05- هذه المدة كانت تحسب عشر سنوات أو سنتين حسب أهمية أعمال الإصلاح و ما إذا كانت الأعمال كبيرة أو صغيرة .

06- Cass.Civ.10/12/1974 ; Bult.civ.1974 .p 351, N 454.

07- Cass.Civ.10/12/1974 précité.

و يتأسس هذا الحل في نظر القضاء الفرنسي ، على أن أعمال الإصلاح تشكل من جانب المقاول ، اعترافا بمسؤوليته عن هذه العيوب التي شملها الإصلاح، و هو ما من شأنه أن يقطع مدة الضمان و تبدأ مدة جديدة ، من يوم تنفيذ هذه الأعمال ، لكن في خصوص أجزاء البناء التي تم إصلاحها فقط(1).

ثانيا : انتهاء مدة الضمان العشري و أحكامه : نعالج في هذه الجزئية المسائل التالية : كيفية انتهاء مدة الضمان العشري ، إثبات انتهاء مدة الضمان العشري ، أثر الغش على مدة الضمان ، على أن نخصص لكل واحدة فقرة .

الفقرة الأولى : كيفية حساب مدة الضمان العشري : انتهينا فيما سبق ، إلى أن مدة الضمان العشري هي مهلة تجربة و اختبار لمتانة البناء و سلامته و صلاحيته للغرض الذي أنشئ من أجله ، و بهذا الوصف تعد من مدد السقوط (2) ،

و مدد السقوط و إن تميزت عن مدد التقادم ببعض الأحكام الخاصة، إلا أنه ليس من بين هذه الأحكام كيفية حساب المدة، لذلك فالنصوص المتعلقة بحساب المدة تعتبر نصوصا كاملة التطبيق، سواء كانت المدة التي يجري حسابها مدة سقوط أو مدة تقادم (3).

و حسب المادة 03 من القانون المدني الجزائري ، تحسب كل الآجال بالتقويم الميلادي (4). كما جاء في نص المادة 314 من القانون المدني الجزائري ما يلي : (تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ، و لا يحسب اليوم الأول و تكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها) ، و يمكننا قياسا على أحكام هذه المادة أن نستنتج أن مدة الضمان أيضا تحتسب كاملة، و نتيجة لذلك لا يحسب اليوم الأول، لأنه لا يكون كاملا، و تكتمل المدة بانقضاء اليوم الأخير، أي حتى تمام الساعة الثانية عشر من مساء اليوم الأخير.

01- أنظر الحكم المشار إليه في الهامشين السابقين .

02- أنظر، ص 90 من هذا البحث .

03- عبد المنعم البدراوي ، المرجع السابق ، ص 33 و ما بعدها .

04- إذ تقضي المادة 03 من القانون المدني الجزائري بما يلي: (تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

الفقرة الثانية: إثبات انتهاء مدة الضمان العشري: لما كان كل من المهندس المعماري و المقاول و غيرهما من المشيدين ، هم المستفيدون عادة من انقضاء الضمان العشري ، حيث يترتب على هذا الانقضاء عدم استطاعة رب العمل ملاحقتهم بدعوى الضمان ، و مطالبتهم بالتنفيذ العيني أو التعويض (1) ، لذلك كان عليهم إثبات انقضاء مدة الضمان العشري استنادا إلى هذا الاعتبار (2) ، و لا يختص قاضي الموضوع بإثارة انقضاء مدة الضمان من تلقاء نفسه نيابة عنهم ، بل لا بد من التمسك من قبلهم بهذا الانقضاء (3).

الفقرة الثالثة: أثر الغش على مدة الضمان: يقع الغش ، أو تتخذ الطرق الاحتيالية ، طبقا للمجرى العادي للأمور ، أثناء عملية التسليم و التسلم ، ففي أثناء هذه العملية ، من المتصور جدا ، أن يرتكب المقاول و المهندس المعماري أو كليهما – منفردين أو متواطئين– غشا ، أو يتخذان طرقا احتيالية لحمل رب العمل على تسلم البناء ، أو المنشأ الثابت الآخر ، بما يتضمنه من عيب ، لو كان قد علمه لما أقدم على تسلمه(4) ، و ذلك بان يكون ، أيا منهما ، أو كلاهما ، على علم بعيب خفي في العقار المشيد و لم يطلعاه عليه ، أو أخفيا عنه – مستعينين بهذه الطرق الاحتيالية – عيبا كان ظاهرا ، فلم يتيحا له فرصة اكتشافه .

و رب العمل ليس بحاجة إلى إثبات الغش ، إذا كان العيب المخفي غشا قد ظهر أثناء فترة الضمان العشري ، و باشر رب العمل دعواه خلال ذات الفترة طبقا للقانون الفرنسي (المادة 2270 منه) ، أو خلال ثلاث سنوات من وقت انكشاف العيب ، طبقا للقانون المدني الجزائري (المادة 557 منه) ، و لو كانت قد انقضت مدة الضمان .

أما إذا ظهر هذا العيب أو تبدت آثاره، بعد انقضاء مدة الضمان، فهنا يتوقف

01- أنظر في ذلك : محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 363.

02- عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 367 . و قد أشار سيادته إلى:

Css.Civ.16/02/1896, D.176-1-1896.

03- Cass.civ.23/02/1966.Bult.1-1966, N 135 .P.101.

04-عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 386 و 387.

حقه في الرجوع على المهندس المعماري أو المقاول أو غيرهما من المشيدين بضمان هذا العيب ، على مدى قدرته على إثبات أن غشا قد تم ، أو طرقا احتيالية قد اتخذت من جانب المهندس المعماري ، أو المقاول أو كليهما ، جعلته يتسلم العمل دون أن يتفطن إلى ما به من عيب ، لولا هذا الذي اتخذ لكان مكتشفه (1).

أما عن كيفية إثبات الغش ، فعلى رب العمل أن يثبت أنه قد شاب البناء أو المنشأ الثابت الآخر ، عيب خفي تعذر عليه كشفه ، و أن هذا العيب يدخل في نطاق معرفة كل من المهندس المعماري أو المقاول أو كليهما ، أو غيرهما من المشيدين الآخرين ، بأن كانوا يعلمونه فعلا ، و مع ذلك سكتوا قصدا عن اطلاعه عليه عند التسلم ، و إذا كانت هناك وسائل احتيالية قد اتخذت ، للحيلولة بينه و بين الوقوف على عيب كان ظاهرا في البناء، أو قريب من الظهور، بحيث كان من الممكن تبينه عادة، فعليه إثباتها، و إثبات قدرتها و فعاليتها في تحقيق الهدف المقصود منها، و له أن يستعين في ذلك بكافة طرق الإثبات (2).

أما عن أثر الغش على مدة الضمان ، فالرأي الغالب في الفقه (3) و القضاء (4) الفرنسيين انه في حالة الغش أو اتخاذ طرق احتيالية ، يستطيع رب العمل ، أن يباشر دعوى الضمان دون التقيد بالمدة العشرية ، و معنى ذلك ، أن دعوى الضمان العشري لا تسقط في القانون الفرنسي إلا بمرور مدة التقادم الطويل (5) .

لكن القضاء عامة لا يسوي بالغش هنا الخطأ الجسيم (6)، و هو اتجاه

---

01 - Bricmont : Op .Cit , p .146; Soinne (B) : Op.Cit , p 131.

02- Bricmont :I bid , p .146.

03- Mazeaud (H, L,J) :Op.Cit , p 51 et 52 ; Planiol et Ripert : Op .Cit , p 204 .

04- Cass. Civ .04/06/1951, Bult.1951, p133, N 169.

أشار إليه : عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 389 ، هامش 35.

05-و هي حسب المادة 2262 من القانون المدني الفرنسي 30 سنة، و15 سنة حسب نص المادة 308 من القانون المدني الجزائري.

06-En ce sens : Costa : Op.Cit, p 48 ; V.aussi :Cass.Civ.4/6/1951 précité; Cass.Civ.24/10/1968, Bult.civ.1967, p.261, n349; Cass.Civ.24/10/1968,Bult.Civ.1968,

أشار إليهما الأستاذ: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 389.

مبرر، لأن إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي مهما كان جسيما فإنه يظل داخل إطـــار العلاقة العقدية ، و في هذا المعنى جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية أن " دعوى الضمان تنقضي بانتهاء مدة العشر سنوات أيا كانت جسامة الخطأ الذي ينـــسبه رب العمل رب العمل للمهندس و المقاول ، و الدعوى التي ترفع طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا بد أن تكون مؤسسة على عقد خارجي عن العقد "(1).

و إذا كان الأمر كذلك، بالنسبة لأثر الغش على مدة الضمان، إلا أن الرأي قد اختلف في الأساس الذي يقوم عليه هذا القول، و الرأي الغالب يستند إلى أن الغـــش أو الطرق الإحتيالية يقع خارج إطار العلاقة التعاقدية Hors contrat ، و من ثم يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية و للتقادم الخاص بها (2) .

إلا أن جانبا كبيرا من الفقه ، لم يرقه هذا القلب لطبيعة المسؤولية من عقدية إلى تقصيرية ، استنادا إلى وجود الغش ، و إنما يرى أن تظل المسؤولية في النطاق العقدي أيضا ، مؤسسا قوله هذا ، على أن الغش الذي يصدر من المهندس المعماري أو المقاول في أثناء عملية التسليم و التسلم إنما يعيب رضاء رب العمل في قبـــول العمل ، مما يترتب عليه اعتبار هذا التسلم – الذي تبدأ عادة في تاريخه مدة الضمان في السريان – كان لم يكن ، و بالتالي لا تعتبر مدة الضمان قد بدأت في الـــسريان بعد ن مما يجعلنا في نطاق المسؤولية العقدية للمهندس المعماري و المقـــاول قبـــل تسلم الأعمال و ليس في نطاق المسؤولية التقصيرية (3) .

01- Paris: 19/11/1959.

أشار إليه محمد شكري سرور ، المرجع السابق، ص 370، هامش: 62.

02 –و يرى السادة Mazeaud وجوب عدم التعميم ، و من ثم قصر ذلك على الغش القائم في إخفاء عدم تنفيذ العقد ، أي القائم في إخفاء عيوب البناء ، و ذلك لان الخطأ التدليسي ، نطاقه أوسع من ذلك ، فهو كـــل عـــدم تنفيذ قصدي ، من جانب المدين لالتزاماته . أنظر : .Mazeaud(H.L.J).1970,p131, n 1070

أما Bricmont فيرى أن التدليس من شأنه أن يبطل عملية التسليم ، الذي يعتبر من ثم كأن لم يكـــن ، و بالتالي فإن المهندس أو المقاول الذي إرتكبه ، يخضع لأحكام المسؤولية العقدية التي لا تكون قد انتهت بعد . أنظر : .Bricmont :Op.Cit, p67, n 67

03- Bricmont :I bid .145; Soinne (B) :Op .Cit, p 306 et 307; Malinvaud et Jestaz :Op. Cit , p 207

لكن جانبا من الفقه الفرنسي – و إن سلم بأن حرفية النصوص لا تحول دون وجود مسؤولية عقدية بعد عشرية أو إلى جانبها –في حالة الخطأ الثابت في حق المهندس المعماري أو المقاول – إلا أن يرى في هذا الحل مما يخالف بوضوح قصد المشرع (1) .

فيما يتوسط البعض الآخر من الشراح ، فيسلمون بعدالة وجود مسؤولية عقدية إلى جانب الضمان العشري ، بحسبان هذا الأخير لا يمكن أن يحيط بكل شيء (2) ، ليترددوا على العكس في تأييد وجود مسؤولية عقدية بعد عشرية يمكن أن تستغل للتحايل على المدة المحددة قانونا (3).

01- Malinvaud et Jestaz : Op. Cit , p 208.

02.03- V. Fossereau : Op. Cit , p.28.

خاتمة الفصل

في ختام الفصل الأول من بحثنا هذا ، نشير إلى أنه يشترط لتطبيق أحكام الضمان العشري أن يكون عقد المقاولة مبرما بين رب العمل من جهة ، و المشيد من جهة أخرى ، و هو ما استطعنا استخلاصه من موقع أحكام الضمان العشري في القانون المدني ، و مما استقر عليه الفقه و القضاء الفرنسيين .

كما أن طبيعة الأعمال التي تشكل محلا لعقد المقاولة الخاص بالضمان العشري، حددها المشرع الجزائري في نص المادة 554 من القانون المدني بالمباني و المنشآت الثابتة الأخرى ، و هو نفس الاتجاه الذي استقر عليه فيما بعد القضاء الفرنسي ، و قننه المشرع عندما استبدل لفظ édifice بمصطلح ouvrage .

و المشرع الفرنسي استمر في اتجاهه التوسعي ، فادخل العناصر التجهيزية بالمبنى ضمن النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري ، إذا ما توافرت على شروط معينة .

و قد حاول المشرع الجزائري أن يحذو حذو نظيره الفرنسي ، فادخل بموجب المادة 181 من القانون 95-07 المتعلق بالتأمينات الأضرار المخلة بصلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما ضمن قائمة الأضرار التي يغطيها الضمان العشري ، غير أن هذا التعديل خلق نوعا من عدم التوازن في المسؤولية المدنية ، و ذلك لعدم إتباعه بتعديل أو توسيع في قائمة الأشخاص المدينين بأحكام الضمان العشري ، ليشمل صانع المنتج أو العمل التجهيزي في البناية ، كما فعل المشرع الفرنسي (1)، إذ ليس من العدل أو المنطق أن يتحمل المقاول أو المهندس مسؤولية عيب في منتج لا علاقة له به.

أما فيما يتعلق بالعيوب التي يغطيها الضمان العشري، فيشترط أن تكون على درجة معينة من الخطورة، خفية وقت التسلم النهائي للعمل، و أن تقع خلال

01- أنظر فيما بعد في مسؤولية الصانع ، الصفحة 174 و ما بعدها .

مهلة الضمان المحددة بعشر سنوات من تاريخ التسلم النهائي للعمل العقاري .و قد اعتبر المشرع الفرنسي ، العيوب التي تجعل العمل غير صالح للغرض الذي انشيء من أجله ، و ذلك عن طريق تأثيره في أحد العناصر التكوينية أو التجهيزية للمبنى ، مؤثرا ، و بالتالي تشمله أحكام الضمان العشري .

و هو ما غاب عن أحكام التشريع الجزائري ، و قد أشرنا إلى أنه من المهم جدا أن يجد هذا الحكم – أي تصنيف العيب الذي يجعل العمل غير صالح للغـرض الـذي أنشئ من أجله ضمن قائمة العيوب التي يغطيها الضمان العشري – مكانا له في أي إصلاح قادم للقانون المدني ، لان عدم صلاحية العمل للغرض الذي انشيء من أجله يجعله و العدم سواء .

هذا فيما يتعلق بالنطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري، و تحديد نطاق الضمان العشري ككل يستوجب بيان الأشخاص المـدينين بأحكامـه، و الآخـرين المستفيدين من هذه الأحكام، و هو ما سيشكل موضوع بحثنا في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

النطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري

من الطبيعي أن أحكام الضمان العشري تثقل كاهل أناس يتحملونه و ما ينجم عنه من آثار، و قد ظلت هذه الأحكام لوقت طويل من الزمن ، يتحملهـــا المهندس المعماري و المقاول فقط ، باعتبارهما المشتغلين التقليديين في عمليـــة البناء .

إلا أن التطورات التي حصلت في مجال البنـــــــــاء ، خاصـــة بعـــد النهضة الصناعية التي عرفها العالـــــــم ، و التـــي أدت إلـــى تدخـــــــــل أشخاص آخرين بصفة مباشرة أو غير مباشرة في عملية البنـــــــــــــاء ، دعت إلى ضرورة توسيع دائرة الأشخاص المسؤولين بموجـــب أحكـــام الـــضمان العشري .

لذلك يتعين علينا لدراسة الأشخاص المسؤولين بموجـــب أحكـــام الـــضمان العشري ، أن نتناول التقليديين منهم ، ثم ندرج إلى قائمة هؤلاء الذين جـــاءت بهـــم التطورات التشريعين المتلاحقة .

و مقابـــــــــــل ذلك ، هنالك أناس يـــستفيدون مـــن أحكـــام الـــضمان العشري ، و يشكل حماية لهم من كل ما من شأنه أن يهـــدد متانـــة و سلامـــــة المباني و المنشآت الثابتة أخرى ، و قد كان من المنطقـــــــــــــي أن تعرف فئة هؤلاء الأشخاص توسعا ، بعد أن كانت تقتصر على رب العمـــل و خلفيـــــه العام و الخاص ، و ذلك بالمقابل للتوسع الذي عرفته قائمـــة الأشـــخاص المـــدينين بأحكام هذا الضمان .

و بناء على ذلك نتناول هذا الفصل في مبحثين كالتالي :

المبحث الأول : الأشخاص المسؤولون بمقتضى أحكام الضمان العشري .

المبحث الثاني: الأشخاص المستفيدون من أحكام الضمان العشــــــري.

المبحث الأول : الأشخاص المسؤولون بمقتضى أحكام الضمان العشري

ظل القانون المدني الجزائري لوقت طويل يقصر نطاق الضمان العشري على المهندسين المعماريين و مقاولي البناء دون غيرهما من الأشخاص الآخرين الذين يشاركون في عملية البناء ، و ذلك تطبيقا لأحكام المادة 554 من القانون المدني الجزائري و التي تقضي بما يلي : " يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ، و لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ، و يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني و المنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء و سلامته ".

غير أن النطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري في التشريع الجزائري عرف توسعا ، فلم يعد مقتصرا على الأشخاص التقليديين الوارد ذكرهم بموجب أحكام القانون المدني ، إنما عرف تطورا ملحوظا بموجب التشريعات المتعاقبة ، التي قضت ببسط نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري على بعض المهنيين المشتغلين في مجال التشييد ، و ذلك مسايرة للتطور الذي لحق فن البناء ، و ما استلزمه هذا المضمار من تقنيات متعددة ، و أساليب متنوعة ، فشمل هذا التوسع المراقبين الفنيين بموجب المادة 178 من القانون رقم 07/95 المؤرخ في 23 شعبان 1415 الموافق لـ 25 جانفي 1995 و المتعلق بالتأمينات ، كما شمل طائفة أخرى من الأشخاص – إلى جانب الطائفة الأولى – لا تربطهم برب العمل أدنى رابطة عقدية، و يتعلق الأمر بكل من المكتتب (1) و المتعامل في الترقية العقارية (2).

أما في فرنسا، فإن نطاق الضمان العشري – من باب الملتزمين به – يبدو أوسع بكثير منه في القانون الجزائري.

فإزاء التطورات التي طرأت على مهنة التشييد و إقامة المباني ، مد المشرع

01- راجع القانون رقم 86-07 المؤرخ في :1986/03/04 الملغى بموجب المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في : 1993/03/01 و المتعلق بالنشاط العقاري .

02- راجع المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1993/03/01 سالف الذكر.

الفرنسي بموجب إصلاحات 1967 و 1978 نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري الوارد في المادتين 1792 و 2270 ليشمل أشخاصا آخرين غير المقاول و المهندس المعماري اللذين اقتصر عليهما التقنين المدني الفرنسي في صيغته الأصـــلية لـــسنة 1804 ، فقرر تطبيق قواعد هذا الضمان على كل من يرتبط مع رب العمل بعقـــد مقاولة ،بل و لقد ذهب إلى أبعد من ذلك ، إذ قرر تطبيق قواعده على أشـــخاص لا تربطهم البتة علاقة تعاقدية مع رب العمل .

و على ذلك و تبسيطا للعرض ، نرى معالجة هذا المبحـــث فـــي مطلبـــين مستقلين ، نجعل أولهما للنطاق التقليدي للأشخاص المسؤولين ، أما الثاني فـــسيكون لدراسة التطور التشريعي للنطاق الشخصي المدين بأحكام هذا الضمان في القانونين الجزائري و الفرنسي .

المطلب الأول : النطاق التقليدي للأشخاص المسؤولين بموجب أحكام الضمان العشري

بالرجوع إلى أحكام المادة 554 من التقنين المدني الجزائري، نجد أنها تقرر بعبارات قاطعة، لا تدع مجالا للشك، أن اللذين يخضعون لأحكام الضمان العـــشري المنصوص عليه، هما فقط المهندس المعماري و المقاول دون غيرهما.

غير انه ، لا بد من الإشارة هنا ، إلى أنه إذا كان الفصل بين المهنتين واضح المعالم في القانون المدني الجزائري ، إلا أنه قد حدث خلط بين وظيفة المقـــاول و وظيفة المهندس المعماري قبل مجيء إصلاحات إعادة هيكلة الاقتصاد الوطني سنة 1979 ، حيث يستشف من القوانين الأساسية للعديد من المؤسسات الاشتراكية أنهـــا كانت تقوم بمهمة مزدوجة ، تتمثل في دراسة المشروع و تنفيذه ، و هو ما نتج عنه غياب رقابة متبادلة بين صاحب العمل و المقاول المنفذ ، أثرت سلبا علـــى جـــودة الخدمات التي تقدمها المؤسسات الاشتراكية التي تنشط في مجال البناء .

و لاجتناب هذه النتيجة السلبية ، كان لا بد من الأخذ بمبدأ الفصل بين الوظيفتين Le principe de non cumul entre les deux fonction و هو الوسيلة الوحيـــدة لتحديد مجال عمل كل من المقاول و المهندس المعماري ، و مسؤولية كل منهما ، و هو ما كرسته إصلاحات إعادة هيكلة المؤسسات الاشتراكية سنة 1979 ، و ذلـــك

بفصل مهمة إعداد الدراسات التي أسندت إلى مكاتب الدراسات ، عن مهمــة تنفيــذ المشروع، التي أنيطت بمقاولات الانجاز Les entreprise de réalisation (1).

و استمر المشرع الجزائري في تأكيد هذا المبدأ الجوهري في المرسوم التــشريعي رقم 07/94 المؤرخ في: 1994/05/18 المتعلق بــشروط الإنتــاج المعمــاري و ممارسة مهنة المهندس المعماري (2)، حيث قضت المــادة 2/22 منــه علــى أن ممارسة مهنة المهندس المعماري تتعارض مع ممارسة المهنة كأجير أو مقــاول أو متعامل في الترقية العقارية أو ممول بالمواد أو اللوازم التي تستعمل في التــشييد و البناء (3).

و لا يكاد يختلف القانون المدني الجزائري – الحالي- في هذا الخصوص عما كانت تقضي به المادة 1792 مدني فرنسي في صياغتها الأولى سنة 1804 (4)، حيــث كانت تقصر أحكام هذا الضمان أيضا على المهندس المعماري و المقاول.

فمن هو المهندس المعماري و المقاول اللذان اعتبرهما القانون المدني الجزائري و من قبله القانون المدني الفرنسي في المادة 1792 منه ، دون غيرهما ، مــسؤولين بالتضامن عما يحدث من تهدم كلي أو جزئي في البناء أو المنشأ الثابت ، أو ظهور العيب فيه ؟.

و هو ما سنحاول الإجابة عنه في فقرتين مستقلتين، يدور المحور في الأولى حــول المهندس المعماري، أما الثانية فستكون محلا لدراسة المقاول المعماري.

01- V.Zahi (A) : "Le droit et la responsabilité en matière de construction" , Rev .Algérienne de sciences juridique , économique et politique , Volume XXV, N 03 , 1987 ,P58-7 أنظرفي ذلك : رسالة الماجستير المنجزة من طرفنا ، سالفة الذكر ، ص 09 .

02- المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 06/04 المؤرخ في 2006/08/14

03-و يعتبر مبدأ الفصل بين وظيفتي المهندس المعماري و المقاول من ضمانات حسن تنفيذ البناء التي خــص بها المشرع رب العمل باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

04- Art.1792 C.Civ : (Si L'édifice construit à pris fait, périt en tout ou en partit par le vice de la construction même par le vice du sol les architectes et entrepreneurs en son responsable pendant dix ans).

الفرع الأول: المهندس المعماري: للوقوف على المهندس المعماري باعتباره من أشخاص الضمان العشري ، لا بد من التطرق إلى تعريفه ، و المهام التي يمارسها في عملية التشييد و حدود مسؤوليته تبعا لذلك .

أولا: تعريف المهندس المعماري (1): يقصد بمصطلح المهندس المعماري (2) ذلك الشخص الحاصل على مؤهل هندسي في هندسة المعمارية ، يؤهله لأن يضع تصميمات أبنية و يشرف على تنفيذها .

و لقد سبق و أن عرفه تقنين جياديت (3) بأنه : (الفنان الذي يصمم أو يرسم الأبنية ، و يعين لها النسب و الأحجام و التقسيمات المختلفة و الزخرفات المناسبة ، مشرفا على تنفيذها تحت مسؤوليته ، و أخيرا يسوي مصروفاتها) .أما الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب فقد عرفه بأنه : (الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد الرسوم و التصميمات اللازمة لإقامة المباني أو المنشآت الأخرى و الإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء) (4).كما عرفه الأستاذ الدكتور السنهوري بأنه:(هو الذي يعهد إليه في وضع التصميم و الرسوم و النماذج لإقامة المنشآت،و قد يعهد إليه بإدارة العمل و الإشراف على تنفيذه و مراجعة حسابات المقاول،و التصديق عليها، و صرف المبالغ المستحقة إليه)(5).

---

01 –إن المعنى الأصلي لكلمة المهندس المعماري من شأنه أن يثير خلطا رهيبا Une redoutable confusion بمفهوم كلمة مقاول، ذلك أن كلمة مهندس معماري عند اليونانيين Arctros– Tecton يقصد بها رئيس العمال أو المستخدمين Le chef des ouvriers ، و لم تتضح معالم مهنة المهندس المعماري إلا في منتصف القرن التاسع عشر. أنظر في هذا المعنى : V.Bellahsene (A) : La responsabilité civil des architectes et entrepreneurs, mémoire pour le diplôme d'étude supérieure de droit privé, université Alger, 1977, p 17.

02- Dictionnaire Le robert pour tout, 1994, paris

03– يعتبر تقنين جياديت بمثابة ميثاق شرف لمهنة الهندسة المعمارية في فرنسا ، أقره مؤتمر بوردو للمهندسين المعماريين الفرنسيين عام 1895 ، و المعدل في 17 جويلية 1912 ، بمعرفة الجمعية المركزية للمهندسين المعماريين . أنظر في ذلك : Liet –Veaux : La profession de l'architecture .T 2 .Paris.1963, p 01.

04– محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة (سابق الإشارة) ، ص 122.

05– السنهوري : الوسيط ، ج 1/7 ، ص 109.

و بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري (1)(2) ، نجد ان المشرع أشار إلى المهندس المعماري باعتباره أحد أشخاص الضمان العشري ، يمارس أدوارا في عملية البناء ، حددها في وضع التصميم ، الرقابة على التنفيذ ، عمل المقايسة و إدارة الأعمال ، دون أن يعرفه .

و هو ما فعلته القوانين الخاصة المنظمة لمجال البناء (3) ،التي قصرت أدواره على وضع التصاميم و مراقبة التنفيذ . و في القانون رقم 94-07 ، نجد ان المشرع الجزائري أطلق تسمية " المتدخلون في الهندسة المعمارية " على مجموعة الأشخاص المساهمين في عملية البناء ، و هو صاحب المشروع (4)، و صاحب المشروع المنتدب (5)،و صاحب العمل، و هو المهندس المعماري ، حسب التصور الوارد في هذا القانون (6)،دون ان يعرفه.غير أنه عرف الهندسة المعمارية في المادة 02 من القانون رقم94-07 بأنها التعبير عن مجموعة من المعارف و المهارات المجتمعة في فن البناء، كما هي انبعاث لثقافة ما و ترجمة لها.

و هو ما يدعونا إلى القول بان مهنة المهندس المعماري ، تتطلب بالإضافة إلى قدرة

01- انظر في كل ذلك : رسالة الماجستير المنجزة من طرفنا سالفة الذكر بما فيها الهوامش المبينة ادناه ، ص 11 .

02-أنظر المادة 563 من القانون المدني الجزائري .

03- أنظر في هذا الصدد :

- المادة 02 من المرسوم التنفيذي 95-414 المؤرخ في : 09-12-1995 المتعلق بإلزامية التامين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية .

-المادتين 05 و 06 من القانون رقم : 04-05 المؤرخ في : ....2004 المعدلة للمادة 55 من القانون رقم : 90-29 المتعلق بالتهيئة و التعمير .

- المادتين 04 و 09 من القانون رقم 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري .

04-و يقصد بصاحب المشروع حسب نص المادة 07 من القانون رقم 94-07 ، كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول بناء ما يقع على قطعة أرضية يكون مالكا لها أو يكون حائزا حقوق البناء عليها .

05-و يقصد بصاحب المشروع المنتدب حسب نص المادة 08 من القانون سالف الذكر ، كل شخص طبيعي أو معنوي يفوضه صاحب المشروع قانونا للقيام بإنجاز بناء ما او تحويله .

06-و تحدد العلاقات بين صاحب المشروع أو صاحب المشروع المنتدب و صاحب العمل بموجب عقد يبرم حسب الأشكال المطلوبة ، أنظر في ذلك المادة 10 من ذات القانون .

على الابتكار و الإبداع ، وضع الرسومات و النماذج ، بما يتناسب و ظروف البيئة و ثقافة المجتمع .

أما بالنسبة لممارسة مهنة الهندسة المعمارية في الجزائر، فإنها تفرض على المهندس المعماري المعتمد، أن يكون مسجلا في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين (1).و يشترط لهذا التسجيل توافر الشروط الآتي بيانها :

01- أن يكون الأشخاص ذووا الجنسية الجزائرية حائزين على شهادة مهندس معماري معترف بها من طرف الدولة، و أن يكونوا قد قاموا بأداء فترة تدريب.

02- أن يكون الأشخاص ذووا الجنسية الأجنبية حائزين على شهادة مهندس معماري معترف بها من طرف الدولة، و في هذه الحالة يكون التسجيل مؤقتا و يمكن إلغاؤه.

إذن، و من خلال ما سبق يمكن القول أن المهندس المعماري المخاطب بأحكام الضمان العشري في التشريع الجزائري، هو ذلك الحائز على شهادة مهندس معماري معترف بها من قبل الدولة، و مسجل في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين، و يعهد إليه بتصميم مشاريع البناء و مراقبة انجازها و الإشراف عليه ، و يمارس مهامه هذه بصورة مهنة حرة .فعند توافر هذه الشروط ، و طبقا لنص المادة 14 من المرسوم التشريعي 94-07 لآنف " يعد صاحب العمل عند إنجاز مهمته و طبقا لأحكام المادة 554 من القانون المدني ، المدافع عن مصالح صاحب المشروع ، و يتحمل مسؤولية جميع الأعمال

و إذا اشترك عدة مهندسين معماريين ، كانوا جميعا مسؤولين ، كل في حدود ما قام به من أعمال في نطاق هذه المهمة (2). و الأصل أن يكون المرجع في معرفة جدود ما كلف به المهندس المعماري من مهام في عملية البناء و التشييد ، هو العقد المبرم بينه و بين رب العمل باعتباره الشريعة العامة للمتعاقدين .

01-أنظر المادة 15 من المرسوم التشريعي 07/94 آنف الذكر .

02- عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 418 .

و بالرجوع إلى الفقه الفرنسي (1)، نجد أنه يذهب إلى أن ضرورة الحصول على المؤهل العلمي اللازم يعتبر من باب التنظيم المهني، و حتى يسمح للفرد بحمل لقب "المهندس المعماري "، أما في شأن تطبيق المادتين 1792 و 2270 من القانون المدني الفرنسي، و الالتزام بالضمان المنصوص عليه فيهما ، فلا عبرة بالحصول على مؤهل دراسي فني في هندسة المعمار ، بل يكفي قيام الشخص بمهام المهندس المعماري ، ذلك أن العبرة في تطبيق أحكام هذا الضمان العشري ليس بتوافر الصفة القانونية للمهندس المعماري في الشخص ، بل بطبيعة الأعمال التي يقوم بها هذا الشخص .

كما دعى القضاء الفرنسي إلى وجوب استعمال كلمة المهندس المعماري Architecte بمفهومها العام أو الشامل الذي يصدق على المهندس واضع التصميم ، المهندس المشرف على التنفيذ ، و المهندس الاستشاري ....الخ.

و تطبيقا لذلك، تقرر تطبيق أحكام الضمان العشري على جملة من المتدخلين في عملية البناء مثل:

- تقني البناء Le technicien de bâtiment الذي يمارس مهام المهندس المعماري (2).
- المهندس المدني L'ingénieur يسأل بموجب أحكام الضمان العشري، في حالة وضعه للتصميم أو إشرافه على التنفيذ في ممارسته لمهنة حرة (3).
- مهندس الديكور Un décorateur الذي مارس مهام المهندس المعماري(4).
- تقني البناء Technicien du bâtiment يسأل بموجب أحكام الضمان

01- Liet – Veaux : Responsabilité décennale et biennal, J.C, Fasc 355-4 -1, 5-1990, N 225.

02- Cass.Civ .III, 10/06/1971, cité par Liet – Veaux : Op.Cit, n 225.

03- Liet – Veaux : Op.Cit, n 228.

04-Cass.Civ .III .10/06/1971, cité par : Liet – veaux :I bid, n 226.

العشري في الحالات التي يمارس فيها مهام المهندس المعماري(1).

و هو ما قننه المشرع الفرنسي بعد ذلك بموجب الإصلاحات التي جاء بها في هذا الشأن (2).

و نحن من جانبنا نسير نحو تأييد هذا الاتجاه (3)، و القاضي بالتوسع في تفسير مفهوم المهندس المعماري الوارد في المادة 554 من التقنين المدني، لتوفير حماية أكبر في مجال التشييد لرب العمل باعتباره شخص غير فني و لا خبير بهندسة المعمار ، من المتعاقد معه ، و هو شخص فني و خبير، مهندسا كان أو مقاولا أو غير ذلك ، و وضع حد لكل متطفل على هذه المهنة ، مراعاة للتخصص الذي أصبح ميزة العصر الحالي ،هذا من جهة .

و من جهة أخرى، الراجح أن اقتصار المشرع على المهندس المعماري و المقاول باعتبارهما طرفين في أحكام الضمان العشري، يرجع إلى كونهما المشتغلين الوحيدين في هذا المجال في ذلك التاريخ ، لكن التطور الحادث في مجال البناء ، و ما استتبعه من ظهور طائفة من الأشخاص الذين على الرغم من أنهم لا يعتبرون مهندسين معماريين أو مقاولين بالمعنى الضيق للكلمة ، إلا أنهم يمارسون نشاطا مهنيا من نفس طبيعة النشاط الذي يمارسه هؤلاء .

و نشير أيضا في هذا الصدد، إلى أن الهندسة المعمارية في التشريع الجزائري يمكن ممارستها بصفة فردية في شكل مهنة حرة sous forme libéral، بصفة شريك En qualité d'associé أو بصفة أجير(1).

كما أن ممارسة مهنة المهندس المعماري تتعارض بصفة خاصة مع كل الوظائف العمومية غير الانتخابية في مصالح الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية المكلفة بالهندسة المعمارية و التعمير. كما تتعرض مع ممارسة المهنة

01- Cass.civ.III, 10/12/1969, cité par : Liet – Veaux :I bid , n 227 .

02- أنظر في ذلك، ص 151 و 152من هذا البحث .

03- و قد تبنينا هذا الرأي مسبقا في رسالة الماجستير المنجزة من طرفنا ، سالفة الذكر ، ص 14.

04-أنظر المادة 19 من المرسوم التشريعي 07/94 سالف الذكر ، غير ان الاجير لا يكون مسؤولا بموجب أحكام الضمان العشري ، بل ان الجهة التابع لها هي التي تتحمل ذلك .

كعامل أو مقاول أو متعامل في الترقية العقارية أو ممول بمواد أو لوازم تستعمل في البناء(1).

و نخلص من كل ما سبق أن المهندس المعماري يتميز عن غيره من الأشخاص الذين يشاركون في أعمال البناء ، بدوره ذي الطابع الذهني الخاص ، و أنه يجمع بين صفة الفنان و الفني (2)، و يمارس مهنة حرة غير تجارية ، و أن مهنته يغلب عليها العنصر الفكري ، سواء فيما يتعلق بالتصميم أو الإدارة أو بالإشراف على التنفيذ.

ثانيا: دور المهندس المعماري في عملية التنفيذ و حدود مسؤوليته: بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري ، نجد انه اقتصر على ذكر أهم أدوار المهندس المعماري في عملية البناء ، و المتمثلة في وضع التصميم Etablir les plans ، و التي يجب أن تكون مطابقة للشروط و المواصفات المتفق عليها في العقد ، و لقواعد الفن و أعراف المهنة ، و محافظة على المحيط و محسنة له (3) ، و الرقابة على التنفيذ التي يقصد بها تحقق المهندس المعماري من مطابقة الأعمال للتصميم و لقواعد الفن و أعراف المهنة و للقوانين و التنظيمات المعمول بها في هذا الميدان.

و هما الالتزامان اللذان قصر على ذكرهما المرسوم التشريعي 07/94 في مادته التاسعة (4). و المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 95-414 المؤرخ في : 09-12-1995 المتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية(5)(6) .

01-أنظر المادة 22 من المرسوم التشريعي السابق .

02-د. محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 37 و 38 .

03-وهو ما أشارت إليه المادة 03 من المرسوم التشريعي 07/94 بقولها : (يجب أن يحافظ إنجاز الأعمال المعمارية على المحيط و أن يحسنه ، و ينبغي للسلطات المؤهلة لتسليم رخص البناء و رخص التجزئة أن تتأكد من مدى احترام هذا الاهتمام من خلال قواعد الهندسة المعمارية و التعمير).

04-و قد عبر عنها المشرع الجزائري بما يلي : (تصور المشروع و متابعة إنجازه) ، و يقصد بهما وضع التصميم و الرقابة على التنفيذ .

05 -أنظر ، القرار الوزاري المشترك المؤرخ في : 1988/05/15 ، و المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ====

أما في فرنسا، فقد وضع مرسوم 1941/09/24 (1) مجموعة من الواجبات يتعين على المهندس أن يلتزم بها في علاقته برب العمل، و بالنقابة المقيد بها، و بزملائه في المهنة ، و بالمقاولين و الموردين ، و تعرف هذه المجموعة باسم ، مجموعة الواجبات أو آداب المهنة .

و يعدد الباب الأول من هذا المرسوم ، واجبات المهندس تجاه رب العمل و يضمنها :

– وضع التصميم و الرسم الهندسي و مقايسات أعمال البناء تبعا للمهمة المعهودة إليه من رب العمل.

– إعداد طلب الترخيص الإداري بالبناء، و مشروعات الصفقات (عقود المقاولة) الواجب إبرامها بين رب العمل و المقاولين.

– إدارة الأعمال و مراقبة تنفيذها .

– التحقق من كشوف الحساب التي تعرض عليه من المقاولين .

– معاونة رب العمل عند تسلم الأعمال ، و التأشير على المحاضر التي تحرر بهذا الخصوص .

– التأكد من أن جميع القيود التي يستلزمها القانون أو تستلزمها لوائح التنظيم قد روعيت .

كما حظر على المهندس أن يلجا – في سبيل تنفيذ المهمة التي تعهد بها – إلى غيره من أرباب فن المعمار ، دون موافقة رب العمل ، و في كل الأحوال ، فإنه يبقى مسؤولا في مواجهة هذا الأخير مسؤولية شخصية .

==== الأشغال و أجر ذلك ، الجريدة الرسمية العدد 43 ، الصادرة بتاريخ : 1988/10/26 .

06–إلا أنه بالرجوع إلى القرار الوزاري المشترك المؤرخ في : 1988/05/15 المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك ، يمكننا استنتاج أدوارا أخرى للمهندس المعماري في مجال البناء و التشييد ، تتمثل بالإضافة إلى الالتزامين سالفي الذكر في : إعداد المقايسات ، مساعدة رب العمل عند الاستلام المؤقت و الاستلام النهائي للأعمال ، معاونة رب العمل في مساعيه لدى مختلف المصالح و الهيئات العمومية ، و أخيرا مساعدته في اختيار المقاولين .

01–و قد أكمل هذا المرسوم بالمرسوم الصادر في : 1943/05/31 الذي حل محله مؤخرا مرسوم 1980/03/20.

و حرصا على أن يعي بالمهمة المعهودة إليه على الوجه الأكمل يوجب عليه المرسوم ألا يقبل عدة مهام تعهد إليه في آن واحد ، من أكثر من رب عمل ، إلا إذا كان بإمكانه أن ينجز ما يتعهد به في مواجهة كل منهم .

أما في علاقته بالمقاولين الذين يشتركون معه في العمل، فقد أوجب عليه الباب الثالث من نفس المرسوم، أن يزودهم بكل البيانات أو الإرشادات التي تمكنهم من حسن تنفيذ أعمالهم، و أن يتكفل بمهمة التنسيق الضرورية بين أعمال المقاولين مختلفي التخصصات.كما يؤكد المرسوم على أن مهمته في إدارة و ملاحظة الأعمال تخوله سلطة على موقع العمل (1) (2).

أما مسؤولية المهندس المعماري طبقا لأحكام الضمان العشري ، فتتحدد بالنظر إلى مدى اتساع المهمة المسندة إليه من طرف رب العمل ، فقد تتمثل مهمته في دراسة الأرض المعدة لإقامة العقار عليها، كما قد تتمثل في وضع التصميم فقط، و قد تمتد إلى الإشراف و الرقابة على تنفيذها ، أو قد يعهد إليه بمهمة الإشراف و الرقابة على التنفيذ دون مهمة وضع التصميم ، و يثار التساؤل هنا عن مدى مسؤولية المهندس المعماري ، في كل حالة من الحالات السابقة ، و هو ما سنحاول تبيانه تباعا :

1- دراسة الأرض التي يقام عليهما البناء أو المنشأ الثابت: يتعين على المهندس المعماري بموجب هذه المهمة ، أن يتحقق من حالة التربة ، و مدى صلاحيتها و تحملها للأعمال المراد تنفيذها ، و أن يجري ما يقتضيه هذا التحقق من دراسات لتركيبها الجيولوجي .

و المشرعين الجزائري و الفرنسي قد ألزما المهندس المعماري و المقاول بضمان تهدم البناء خلال عشر سنوات من تسلمه، و لو كان مرجع هذا التهدم عيب في الأرض (م 554 مدني جزائري و 1792 مدني فرنسي). و هو ما جعل الخلاف يثور على مستوى الفقه و القضاء الفرنسيين حول المسؤول عن دراسة حالة

01- و في كل الأحوال فإنه يحظر عليه أن يحصل من المقاولين (أو الموردين) على أية امتيازات نقدية أو عينية تحت أي مبرر كان . م 03 و 10 من قانون 1940/12/31 .

2- Labin : Op. Cit, p 38; 42; Mazeaud (H,L,J) : Op. Cit, p.70.

الأرضية التي يقام عليها البناء أو المنشأ الثابت ، فهل هو المهندس المعماري أو المقاول ، أم أن المسؤولية تضامنية بينهما ؟ .

يبدي القضاء الفرنسي تشددا واضحا مع المهندسين في هذا الشأن ، و يحملهم مسؤولية ما يصيب البناء من خلل ، متى كان مرجع هذا الأخير عيب في التربة أو في طبيعة الأرض التي أقيم عليها (1) ، و يعتبر عدم التأكد المسبق من طبيعة الأرض ، من قبيل الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها المهندس (2) ، و لم تجز بعض الأحكام لهذا الأخير أن يتحلل من التزامه بدراسة التربة ، بالاستناد إلى شرط في الصفقة المبرمة بين رب العمل و المقاول يجعل من هذه الدراسة التزاما على هذا الأخير (3) ، بل إن هذه الدراسة قد بلغت من الأهمية عند قضاة Rion الحد الذي إعتبروا فيه أن إعفاء المهندس منها بموجب شرط صريح في عقده مع رب العمل ، هو من قبيل الاتفاقات الباطلة على الإعفاء من المسؤولية (4).

في حين ذهب رأي في الفقه الفرنسي (5)، إلى أن المقاول يكون في حقيقة الأمر ، أوكد معرفة بطبيعة الأرض من المهندس المعماري ، و أكثر تخصصا منه فيها ، و ذلك لما يباشره يوميا من ممارسات عملية في هذا المجال ، و بالتالي يجب أن يكون مسؤولا أيضا عن عيوب التربة ، و عدم معالجتها قبل البدء في التنفيذ ، هذا بالإضافة إلى أن المادة 1792 مدني فرنسي (و تقابلها 554 مدني جزائري) ، لم تفرق في هذا الخصوص بين المهندس المعماري و المقاول .

أما نحن من جانبنا ، فإننا نميل إلى الرأي الأول ، الذي أخذ به غالبية الفقه و القضاء في فرنسا ، استنادا إلى ضرورة التكامل الزمني و الفني لمهنة المهندس المعماري ، ذلك أنه من المعلوم و الذي لا جدال فيه ، أن من أولى مهام هذه المهنة

01- راجع في أمثلة لذلك، و في التزام المهندس بدراسة التربة الأحكام المشار إليها في:
Caston : Op.Cit, p 188, note.144.

02 –V.Cass.Civ .04/07/1966 ; 19/06/1973 cité par : Labin : Op.Cit, p 48.

03- V.Cass.Civ .31/01/1966, J.C.P .1966-2-14659.

04- V. Rion .08/12/1965 .G.P.1966-1-som.14.

05- Ravon : La responsabilité des constructeurs, traité pratique et juridique, Paris, 1897 p.83. أشار إليه : عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 812.

هو وضع تصميمات البناء أو المنشأ الثابت الآخـر المزمـع إنـشاؤه ، و وضـع التصميمات هذه يقتضي عمل الخرائط و الرسومات و النماذج و المقايـسات مـن وصفية و كمية و تقديرية،و كل هذه أعمال لا يمكن للمهندس المعماري أن يقوم بها على الوجه الأكمل ، دون دراسة مستفيضة للتربة و معرفة خصائصها لمعرفـة أي المواد أنسب للتنفيذ عليها،و ما مقدار الكميات التي سيحتاجها هذا التنفيذ فيها و مـا أثمانها،و هكذا ، فمعرفة هذا كله يقتضي بالضرورة معرفة كاملة بـالأرض التـي سيقام عليها العقار(1).فالتصميم ليس مجرد مجموعة من الخطـوط ترسـم علـى الأوراق طولا و عرضا نتيجة تصور نظري لبناء يستحيل تطبيقه علـى الطبيعـة المعدة له(2)، إنما هو مجموعة متكاملة من الأعمال تسعى نحو تحقيق هدف واحـد هو إقامة ذلك العقار المطلوب إنشاؤه على أساس سليم،و خال مـن العيـوب التـي تسبب تهدمه و متانته.

و مع ذلك فإن عقد المقاولة المبرم بين رب العمل و المقاول، يفـرض علـى هـذا الأخير التزاما بنصح و إرشاد رب العمل،و هو ما سنتناوله لاحقا (3).

كما يثار في هذا الشأن التساؤل التالي: هل يرتبط ضـمان عيـوب الأرض الممكن كشفها ، بالمهندس المعماري بصفته واضـعا للتـصميمات ، أم باعتبـاره مشرفا على التنفيذ و مراقبا له ؟ ، بحيث يدور هذا الضمان وجودا و عـدما مـع الصفة التي كانت سبب إسناده إليه.

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن المهندس المعماري لا يضمن عيـوب الأرض إلا إذا كان مكلفا بالإشراف على الأعمال و مراقبة التنفيذ، بمعنى أن يكون مكلفا بمهمة شاملة، أو أن يكون مكلفا بالإشراف و الرقابة على التنفيـذ فقـط دون التصميم. أما إذا اقتصرت مهمته على مجرد وضع التـصميمات و ملحقاتهـا مـن مقايسات و كراسات و شروط..الخ، دون أن يكلف بالإشراف على الأعمال و

01- أنظر: فتحي غيث: قانون المهندس، ط 1960، دار المعرفة، القاهرة، ص 54.

02- أنظر: شكري سرور، المرجع السابق، ص 61 و 62.

03-أنظر فيما بعد ، ص 136 إلى 138من هذا البحث .

الرقابة على التنفيذ، فإنه لا يكون ضامنا لتلك العيوب (1).

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن المهندس يبقى ضامنا ، و لو اقتصر دوره على وضع التصميم دون الإشراف و الرقابة على التنفيذ ، مستندا في ذلك إلى أن جس التربة و فحصها من أساسيات مهمته و أولوياتها ، و أن هذا الأمر – أي فحص التربة – تستدعيه ضرورة وضع التصميمات (2).

أما في خصوص أعمال التعلية ، فيتعين على المهندس المعماري – و إلا كان مسؤولا في مواجهة رب العمل – أن يحذر هذا الأخير من عيوب الأساسات القديمة التي يراد إقامة التعليات عليها (3).

غير أنه في كل الأحوال لا يكون المهندس مسؤولا ، إلا عن العيوب التي كان يمكنه أن يكتشفها عن طريق هذا الفحص المدقق (4) ، لذلك قضي بعدم المسؤولية عن وجود محاجر قديمة في باطن الأرض لم يكن هنالك أية مؤثرات تدل عليها ، و التي ما كان يمكن اكتشافها إلا بإجراء جسات غير عادية للأرض (5).

2- الالتزام بتصميم الأعمال: La conception des ouvrages :

يعتبر تصميم الأعمال – في الواقع – جوهر مهنة مهندسي البناء، و تتمثل هذه المهمة في وضع الرسم الهندسي Le plan، و إعداد المقايسات Les devis التي سيتم تنفيذ أعمال البناء عليها (6)(7).

01- Bricmont : Op.Cit, p 35.

02- En ce sens : Bricmont : I bid, p 35 et 36.

03- فإذا كان هو – بالفرض – واضع تصميمات التعلية ، فإنه يكون مسؤولا إذا لم يضمن المشروع المقدم إلى رب العمل خطة معالجة هذه العيوب. En ce sens: Bricmont : I bid. p34.

04 –En ce sens : Bricmont : I bid , p 35 et 36.

05- V. Paris 29/04/1864 cité par bricmont : I bid , p 35.

06- و يلاحظ أن مسؤولية المهندس عن الخطأ في التصميم تظل مسؤولية عقدية طبقا للقواعد العامة ، و ذلك إلى غاية تسليم الأعمال ، و يرى البعض في هذا الشأن أنه من غير المتصور القول بأن هذا الخطأ يمكن أن يحمل المهندس المعماري المسؤولية طبقا لأحكام الضمان العشري من وقت تقاضيه أجره عن وضع التصميم ، بدعوى أن هذا الوفاء يعتبر بمثابة تسليم للأعمال في علاقة رب العمل بالمهندس ، طالما أن البناء – الذي هو دعامة الضمان العشري – لا وجود له ". وCaston : Op.Cit, p 41.

07- قد أصبح لجوء رب العمل إلى مهندس مبان من أجل وضع التصميم أمرا إجباريا في الوقت الحاضر=

و يبين الرسم الهندسي ، أساسا ، أساسات المبنى ، و هيكله الإنشائي ، و حجم البناء ، و تقسيماته أو مكوناته ، كما يستلزم المشرع الجزائري فضلا عن ذلك أن يشتمل على اختيار المواد و الألوان (1).و هو ما استلزمه المشرع الفرنسي في المادة 03 من قانون 1977.

هذا عن الرسم الهندسي ، أما عن المقايسات التي يتعين على المهندس إعدادها ، فإنها على ثلاثة أنواع (2) :

- المقايسات الوصفية Les devis descriptif و تتضمن بيانا تفصيليا بالمواد الواجب استخدامها في تنفيذ البناء .

- المقايسة الكمية Les devis quantitatif و تتضمن تقديرا لأحجام و مساحات أو مسطحات الأعمال.

- المقايسة التقويمية (أو التقديرية) Les devis estimatif و تتضمن تقديرا تقريبيا لتكاليف الأعمال ، وفقا لتفصيلاتها الواردة في المقايسة الكمية .

و يتعين على المهندس المعماري في تنفيذه لمهمته في وضع التصميم لأن

=سواء في الجزائر أو فرنسا، و ذلك بالنسبة للأعمال التي يلزم فيها الحصول على ترخيص إداري مسبق.

ففي الجزائر، تقضي المادة 55 من القانون رقم: 29/90 المؤرخ في: 1990/12/01 و المتعلق بالتهيئة و التعمير، بضرورة وضع مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء من قبل مهندس معماري معتمد. و يجب أن يضمن المشروع المعماري التصاميم و المستندات المكتوبة التي تعرف بموقع البنايات و تكوينها و ....

و تضيف نفس المادة أن اللجوء إلى المهندس ليس ملزما بالنسبة للأعمال القليلة الأهمية التي يحدد التنظيم مساحة أرضيتها.

أما في فرنسا فتقضي المادة 03 من قانون 1977 الصادر في 03 جانفي و الذي ينظم مهنة الهندسة المعمارية في الوقت الحاضر بأن (كل من يرغب في إقامة أعمال خاضعة لترخيص البناء ، يجب عليه أن يلجأ إلى مهندس معماري في شأن وضع المشروع الهندسي موضوع طلب الترخيص) ، كما يعفى رب العمل – هناك – من هذا الالتزام ، بالنسبة للأعمال قليلة الأهمية ، حيث يمكنه أن يضع التصميم بنفسه ، بشرط ان يستشير فيما يصنعه ، المجلس المختص بالمعمار في المحافظة التي يريد إقامة البناء فيها(و الذي يسمى بـ : Le conseil d'architecture, d'urbanisme et d'environnement) و الذي يتعين عليه أن يقدم هذه الاستشارة بلا مقابل .راجع في تفاصيل ذلك : Saint – Alary : Droit de construction , éd 1982 , p133.

01- أنظر المادة 55 من القانون رقم 90-29 المؤرخ في: 1990/12/1 و المتعلق بالتهيئة و التعمير ، المعدلة بالقانون رقم : 04-05.

02-محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 47.

يلتزم بالقوانين و التنظيمات التي وضعها المشرع في هذا الخصوص . و في هـذا الصدد اوجب المشرع الجزائري ضرورة الحصول على رخصة البنـاء و شـهادة المطابقة (1)، أي أن تصاميم المهندس لا بد و أن تراعي القـوانين و التنظيمـات المعمول بها .

و في هذا المعنى جاء في مجموعة واجبات المهنة في فرنسا، انه يتعين على المهندس أن يحرص على مراعاة كل القيود القانونية و اللائحية الواجبـة التطبيـق على الأعمال المكلف بها (2).

كما يتعين على المهندس الالتزام بالأصول الفنية التـي يتعـين علـى كـل متخصص في فن المعمار معرفتها، و إلا كان مخطئا، حتى و لو كان قد راعى في هذا الشأن ما تعرفه اللوائح و القوانين المنظمة لعمليات البناء من قيود (3).

و يظهر القضاء تشددا واضحا مع المهندسين في تنفيذهم لهذه المهمة ، وغالبا ما يحملهم وحدهم المسؤولية الكاملة عن الخطأ ، و لا يعفيهم من هذه المـسؤولية ، أن تكون الرسومات قد وقع عليها من جانب رب العمل (4) ، أو اعتمـدتها الجهـة الإدارية المختصة (5) ، أو حتى كون المهندس – في وضعه للتصميم الذي ثبت بعد ذلك عيبه – كان يستجيب لرغبة رب العمل في خفض تكاليف البناء (6) .

01–و في هذا الصدد تقضي المادة 54 من قانون 90–29 بما يلي : (تطبيقا لأحكام المادة 75 من القانون رقم 90–29– المؤرخ في أول ديسمبر 1990 و المذكور أعلاه ، يتعين على المستفيد من رخصة البناء عند انتهـاء أشغال البناء و عند انتهاء أشغال التهيئة التي يتكفل بها ، إن اقتضى الأمر ذلـك ، اسـتخراج شـهادة مطابقـة الأشغال المنجزة مع أحكام رخصة البناء).

02–المادة 02/06 من مرسوم 1941/09/24.

03- Labin : Op. Cit, p 58.

04- Labin : Op. Cit , p 59 .

05- Gabold (ch) : Les rapport de l'architecte, de l'entrepreneur et du maître de l'ouvrage au regard de la garantie décennal dans la jurisprudence administrative. D .1962 – chr-p, p 252, n 04.

06– و في هذا المعنى جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية أن (الاهتمام بتنفيذ العمل – و هو أمر مـشروع من جانب رب العمل – لا يشكل بذاته خطأ . يتعين على المهندس أن يستبعد اقتراحات رب العمل إذا بدت لـه من شأنها أن تعرض للخطر متانة البناء).===

أما إذا كان رب العمل هو الذي استبعد المشروعات التي أعدها المهندس، و اختار بدلا منها – و دون أن يستشيره – تصميمات مخالفة لأصول الفن المعماري، و كان لرب العمل هذا من الخبرة و التخصص في هذا المجال ما يسمح ل ه بهـذا الاختيار ، لا يمكنه أن ينعي على المهندس خطا لا ينسب إليه ، خاصة إذا كان هذا الأخير قد أوفى بما يجب عليه ، حين لفت انتباه رب العمل إلى عواقب التصميمات التي اختارها (1).

إلا أنه خلال مرحلة تنفيذ الأعمال، قد تنكشف عيوب في التصميمات التـي وضعها المهندس المعماري(2)، لم يكن قد تنبه إليها عند وضع التصميم(3).
عندما يتولى المهندس المعماري واضع التصميم الإشراف على التنفيـذ، لا تطـرح إشكالية، إذ سيتولى تصحيحها (4).لكن المشكلة تثور ، حول مدى مسؤولية المهندس المكلف بوضع التصميم فقط ، عن عيوب هذا الأخير التي كان يمكنه تصحيحها لـو أنه باشر الأعمال و الإشراف على تنفيذها .

يتجه البعض في هذا الفرض ، إلى عدم مسؤولية المهندس . و حجتهم الأساسية في ذلك، أن التصميمات التي يضعها هذا الأخير، و لو كانت تـصميمات نهائيـة مـن وجهة نظره، إلا أنها في حقيقة الأمر لا تعدو – قبل تطبيقها العملـي – أن تكـون سوى مجرد مشروع، لا يعطيه الحياة إلا تنفيذه (5). و من جهة أخرى ، فـإن رب

==و قد أيدت تبعا لذلك حكم الاستئناف الذي(استبعد أية مسؤولية على رب العمل بـالرغم مـن أن لـه مـن التخصص الفني في مجال التشييد ، مادام أن تصميم الأعمال كان معهودا به إلى محتـرفين مـن ذوي الكفـاءة العالية و الذين كان لهم من السلطة ما يكفي لرفض المقترحات الخطيرة التي أبداها رب العمل) .

Cass.Civ.13/01/1982. D 1982 –i-r-209.

01- V.Cass.Civ .13/06/1979 . D 1979-i-r-499.

02 - V.Cass.Civ.13/06/1979.D.1979-i-r-499.

03– راجع في معنى أن العيب في التصميم يمكن ألا يكتشف في بعض الأحيـان إلا عنـد تنفيـذ الأعمـال :
Caston :Op.Cit,p41.

04– و سوف نرى فيما بعد ، أنه يتعين على المهندس المشرف على التنفيذ ، و لو لم يكن هـو الـذي وضـع التصميمات ، أن يراجع هذه الأخيرة قبل وضعها موضع التطبيق الفعلي ، و إلا كان مسؤولا . أنظر لاحقا ص 121من هذا البحث .

05– محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 68.

العمل كان بإمكانه أن يرفض التصميمات التي كانت تنطوي على عيوب ، فإذا كان بالفرض قد قبلها ، فإنه يكون بذلك قد أعفى المهندس من مسؤوليته عن هذه العيوب. هذا كما أن القول العكسي – في نظر أنصار هذا الاتجاه – من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة غير معقولة ، فيما يتعلق بالضمان العشري ، و بيان ذلك أن هذا النوع من الضمان، إنما يبدأ في السريان من يوم تسليم البناء إلى رب العمل، و من شأن القول بمسؤولية المهندس في الفرض محل البحث ، أن يجعله مهددا بهذا النوع من الضمان طيلة مدة غير محددة ، ما دام أن بإمكان رب العمل أن ينتظر من الوقت ما شاء ، قبل أن يضع التصميمات المعيبة موضع التطبيق الفعلي (1).

و يبدو أنه ليس من الصعب الرد على مثل هذه الحجج ، و ذلك كالتالي :

فالقول بأن تصميم الأعمال لا يعدو أن يكون مجرد مشروع يحتاج إلى التنفيذ لكي تدب فيه الحياة ، لا يعف أبدا المهندس المعماري من المسؤولية ، ذلك أنه ملزم بتحقيق نتيجة ، و هي تسليم رب العمل تصميمات خالية من العيوب ، و من شأن عدم تحققها إعمال مسؤوليته . بدليل أنه في الحالة العكسية، بمعنى أنه لو كان قد وضع تصميما خاليا من العيوب فإن مشروعه هذا سوف يستحق أجرا عليه، حتى و لو لم يتم العمل بمقتضاه (2).

و من جهة أخرى ، فإن بعض الحجج سابقة الإشارة لا تخلو من التناقض ، فإذا كان المهندس – رجل الفن المتخصص – لا يستطيع في بعض الأحيان أن يكتشف ما يشوب تصميماته من عيوب إلا عند تنفيذها ، فكيف نتصور القول بأن رب العمل – الشخص غير المتخصص– يكون قد تنازل عن عيوب التصميم عندما قبل أن يتسلمه ، حين أن التنازل عن الحق يفترض سبق العلم بوجوده ، و رب العمل لا يمكنه – بداهة – أن يكتشف من العيوب في التصميم ما عجز عن اكتشافه واضع التصميم نفسه (3).

كما يرى البعض فضلا عما تقدم ، أنه إذا كان يجوز لمهندس – خلال تنفيذ الأعمال

01- و قد نادى بهذا الرأي Minvielle ، أشار إليه :.Bricmont:Op.Cit,p31

02- أنظر المادة 3/563 من التقنين المدني الجزائري .

03-محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 69.

أن يصلح الجانب الجمالي من تصميمه – خلال تنفيذ الأعمـــال – ، إلا أن الجانـــب الفني فيه ، يجب أن يكون مطابقا للأصول الفنية منذ البداية ، أي من وقت تسليم هذا التصميم إلى رب العمل (1).

– لذلك يتجه الرأي الراجح ، إلى القول بمسؤولية المهندس في الفرض محل البحث (2) ، و يقترح بعض أنصاره – في خصوص الضمان العـــشري – القـــول بإمكان جعل مبدأ سريانه ، ليس من يوم اكتمال البناء ، و إنما من يوم تـــسليـــــــم التصميمات المعيبة إلى رب العمل (3).

و هذا الحل ، يتماشى مع مقتضيات المادة 555 مدني جزائري التي تقضي بأنه (إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم).

غير أنه يلزم للقول بمسؤولية المهندس في الفرض محل البحث ، أن تكـــون الأعمال قد نفذت طبقا للتصميمات المعيبة بالضبط (4) فواضع التـــصميم لا يكـــون مسؤولا عن عيوب في الأعمال ترجع إلى انحراف في تطبيق تـــصميماته أو إلـــى تعديل فيها لا صلة له به . كما أن القضاء يتسامح – فـــي هـــذا الفـــرض – مـــع المهندس، إذا كانت عيوب التصميم ليست على درجة من الأهمية ، مفترضا أنه لـــو كانت أتيحت له فرصة الإشراف على تطبيق هذا التصميم لكان قد بادر إلى إصلاح هذه العيوب (5).

<u>3– الالتزام بالإشراف على التنفيذ:</u>و حين (6) يكون المهندس مكلفـــــــــــا

01- V.Bricmont :Op.Cit, p .31.

02- V. par ex : Caston, p.188 et 41; Bricmont : I bid, p .30.

03- Bricmont :I bid, p 31.

04- En ce sens: Bricmont , p.30.

05– أشار إلى هذا الاتجاه Bricmont : I bid, p.31 .

06– و نقول "حين" لأنه ليس يلزم أن يكون المهندس مكلفا بهذه المهمة في كل الأحوال ، فقد تقتـــصر مهمتـــه على مجرد وضع التصميم ، لذلك تحظر محكمة النقض الفرنسية على قضاة الموضوع أن يستخلصوا من مجرد ذكر هذا الالتزام ضمن مجموعة واجبات المهنة المقررة بمرسوم 1941 ، قرينة على أن المهندس يكون مكلفـــا بهذا الدور في علاقته برب العمل . و إن كانت تترك لهم حرية تفسير العقد المبرم بين الطرفين لإمكان ==

بالإشراف على تنفيذ الأعمال (1) فإن دوره لا يقل أهمية عن وضع التصميم ، ذلك أن هذه المهمة تشكل عاملا وقائيا ضد أخطاء التصميمات و إهمال المقاولين .

و تتضمن مهمة الإشراف على تنفيذ الأعمال أمران: إدارة هذه الأعمال direction des travaux من ناحية ، و الرقابة على حسن تنفيذها surveillance des travaux (2).و تعني مهمة الإدارة، كفالة السير الطبيعي للأعمال بغية إنجازها في الوقت المناسب(3)بما يستتبع أن يضع المهندس تحت يد المقاول الخطط التفصيلية لتنفيذ التصميمات (4)،و أن يجيب على كل ما يطلبه من استفسارات بغية توضيح هذه الخطط ، و بوجه عام أن يقدم له كل البيانات و التوجيهات الضرورية لحسن سير العمل(5).وأن يوجه له من الأوامر الواضحة و المحددة (6)ما يضمن حسن تنفيذ الأعمال،و أن يراقب مدى التزامه بهذه الأوامر (7).

كما يتعين عليه – في الفرض الذي يتعاقد فيه رب العمل مع مجموعة من المقاولين

=استخلاص وجود هذا الالتزام من عدمه . راجع أحكام انتهت إلى أن المهندس كان مكلفا بهذا الدور في علاقته برب العمل : Cass.civ.31/01/1979 .D.1979-i-r-280 ; Lion 11/10/1962 G.P 1962-2-330.

01- و متى كان هذا التكليف ، فإن التزام المهندس يكون ذا طبيعة عقدية ، بمعنى أنه يستخلص من عقد المقاولة في علاقته برب العمل ، و من ثم فإنه من غير الصحيح ، في اعتقادنا ، إنكار البعض لهذا التكييف ، و القول بأن هذه المهمة لا تعدو أن تكون "مجرد خدمات يؤديها المهندس لرب العمل في إطار عقد وكالة مثلا ".
(de simple prestation de service dans le cadre d'un mandat par exemple). Boubli (B) : La responsabilité des architectes, des entrepreneurs, et des locateurs d'ouvrage.éd.1971, p.17, n 26.

02- محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 76.

03- و في هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يتعين على المهندس أن يتخذ كل ما هو ضروري من الإجراءات بغية أن يسير معدل التنفيذ بشكل مرض ، و إلا كان مسؤولا شخصيا عن ارتفاع الأسعار الحاصل بعد انتهاء المهلة التي كانت محددة لانجاز العمل . V.Cass.Civ.4/7/1960 cité par Bricmont.p.39, note 09.

04- En ce sens : Bricmont : I bid, p.38.

05- المادة 18 من مجموعة الواجبات المهنية للمهندس المعماري في فرنسا .

06- V.Lyon 26/5/1833 cité par Bricmont: Op.Cit, p.39, note 08

07- Saint – Alary :Le droit de la construction, éd 1977 et 1982, p 141. ; caston :Op.Cit , p 192.

من ذوي التخصصات المختلفة للمشاركة في تنفيذ الأعمال – أن ينسق بين مختلف أنشطة هؤلاء الفنيين.

أما مهمة الرقابة على التنفيذ، فإنها أخص من مهمة إدارة العمل (1)، و تتمثل في الملاحظة اللصيقة، أو عن قرب و كثب، و التي يباشرها المهندس على المقاول في كيفية تنفيذه للعمل من الناحية الفنية (2).

و الجدير بالذكر ، أنه من الصعب حصر مهام المهندس المعماري ، التي يتعين عليه أداءها في إطار التزامه بالرقابة على تنفيذ الأعمال ، فهذه مسألة واقع ، تدخل في تقديرها اعتبارات عديدة ، و من ثم تختلف بحسب ظروف كل حالة (3)، و مع ذلك يمكن أن نعرض لأهم ما يدخل في مضمون هذا الالتزام :

أ- مراجعة التصميمات و التحقق من حالة التربة : فإذا لم تكن التصميمات من وضع المهندس المشرف على التنفيذ ، وجب عليه مراجعتها ، و تصحيح ما ورد بها من أخطاء قبل أن يأمر بتنفيذها . و كذلك ما يمكن أن يظهر فيها – خلال عملية التنفيذ – من عيوب أو عدم ملائمة (4) ، فإذا لم يفعل ، افترض فيه أنه أيد هذه التصميمات بحالتها ، و من ثم كان مسؤولا عما يعتريها من أخطاء إلى جانب المسؤول الأصلي عنها و هو واضعها (5).

أما إذا كانت هذه التصميمات من وضع المهندس المشرف على التنفيذ نفسه ،

---

01 – و يعبر البعض عن هذا المعنى بالقول بأن هذه المهمة تنصب على التأكد الخاص و المتصل، و اليومي، من الطريقة التي ينفذ بها المقاول الأعمال. أنظر : Bricmont: Op.Cit , p.39.

02- و هو الاتجاه الذي سار عليه مرسوم 1941 الذي يجعل من مهام المهندس ، رقابته على تنفيذ الأعمال . غير أن مرسوم 1980/03/20 الذي وضع مجموعة جديدة لواجبات المهنة أغفل ذكر هذه الرقابة، و يصف البعض هذا الإغفال بأنه من قبيل السهو . أنظر في ذلك : Saint – Alary: Op.Cit , p.141 .

03-د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 80.

04-كما لو ظهر أن تصميم الأساسات غير ملائم لطبيعة الأرض ، إذ يتعين عليه عندئذ أن يستبدل به التصميم الملائم ، و إلا كان مسؤولا في مواجهة رب العمل . انظر في هذا المعنى :

Bricmont : Op.Cit, p37.

05- En .ce sens : Bricmont : I bid, p 37.

و يبرر هذه المسؤولية أن بعض عيوب التصميمات لا يسهل – من الناحية العملية – اكتشافه إلا من خلال تنفيذها .

ثم استبعدها رب العمل ، و اعتمد تصميمات أخرى بدلا عنها ، وجب على المهندس المشرف على التنفيذ تنبيهه إلى ما يشوبها من عيوب ، فإن فعل ذلك لا يكون مسؤولا بعدها عن عواقب هذا الاختيار (1).

كما يتعين على المهندس بموجب هذه المهمة أن يتحقق من حالة التربـــة، و مدى صلاحيتها لإقامة الأعمال عليها (2).

ب- التأكد من مطابقة الأعمال للتصميمات، و من صلاحية المواد المستخدمة فيها و مطابقتها للمواصفات المحددة و المقايسات: يشكل تحقق المهندس المـــشرف على التنفيذ ، من مطابقة تنفيذ الأعمال للتصميمات الموضوعة ، و من تقيد المقاول بأساليب التنفيذ المحددة ، التزاما عليه (3) .

و تطبيقا لذلك ، فإنه يتعين عليه أن يبادر إلى إصدار تعليمات بضرورة تصحيح ما يكون قد وقع من انحرافات عن هذه التصميمات (4)، و قد قضي في هذا الصدد ، بمسؤوليته ، إذا كان المقاول قد حاد – و لو بدون علمه – في تنفيذه للأعمال ، عن الالتزام بالتصميمات و المقايسات المحددة ، إذ كان من الواجب عليه ، ألا يجهل بهذه التعديلات التي كان من شأنها أن تعرض للخطر متانة البناء ، و أن يعترض عليها (5) ، و أنه يتعين عليه أن يبدي تحفظاته لدى رب العمل ، على تدخل المقاول ، الذي اقترح حلولا مخالفة للأصول الفنية (6).و بأنه يكون مسؤولا – جزئيا- مع المقاول ، إذا وافقه على استعمال مواد جديدة غير المحددة في الصفقة ، متى تبين فيما بعد عدم صلاحية هذه المواد (7) ، و من باب أولى ، إذا كان هو الذي فرض

01- Cass.Civ.12/10/1978. D 1979-i-r-63 et note Larroumet.

و كان المهندس في هده الدعوى قد حرص على تقديم تقرير إلى رب العمل عن التصميمات الأوليـــة التـــي بدأت تظهر في الأعمال خلال التنفيذ .

02- En ce sens:Mazeaud (H, L,J) :Op.Cit , p.72 ; Bricmont : Op. Cit, p38

03- V.Cass.Civ 3/5/1978 .D 1978-i-r-488 .

04- Alger 17/10/1958. D 1959-1-39 ; et en même sens : Bricmont .p38.

05- V.Cass.Civ 15/10/1980 .G.P.1981-1-som, p.33.

06- أنظر ، ص 130 من هذا البحث .

07- En ce sens : Bricmont , p .39.

على المقاولين مثل هذه المادة ، و أكد لهم فعاليتها ، و أغفل أن ينبههم إلى أساليبها ، حيث يكون – في هذه الحالة – مسؤولا وحده عن الضرر الذي يصيب البناء نتيجة استعمال هذه المادة (1).و من جهة أخرى، يتعين عليه، حين تكون المواد مقدمة من جانب المقاول (2) أن يمارس رقابة عليها ، و قد استلزمت محكمة النقض الفرنسية في بعـــــض أحكامها، أن يمارس المهندس في هذا الشأن "رقابة جدية " (3)(4). و تطبيقا لهذا المفهوم، فرضت بعض المحاكم على المهندس، في الحالة التي يكون فيها الخشب هو المادة الأساسية التي من المفروض أن ينفذ بها جزء من الأعمال ، كأسقف المباني مثلا ، أن يتحقق من سبق معالجة هذه الأخشاب ضد الحشرات المسببة للتسوس (5).

و من جانبنا نرى أن التحقق من جودة المواد المستعملة في البناء يعتبر مـــن التزامات المهندس المشرف على التنفيذ في التشريع الجزائري رغم ما تقضي بـــه المادة 551 مدني جزائري " إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولا عن جودتها و عليه ضمانها لرب العمل " ، فهذه المسؤولية المفروضة على المقاول لا تنفي أن إهمال المهندس في هذا التحقق ، يشكل إخلالا من جانبه بالتزامه بالإشراف على التنفيذ ، يجعله مسؤولا أيضا في علاقته برب العمل .

ج- مفهوم إخلال المهندس بالتزامه بالإشراف على التنفيذ (اختلاف اتجاهات القضاء الفرنسي): المسلم به في الفقه و القضاء الفرنسيين، أن التـــزام المهنـــدس بالإشراف على التنفيذ لا يقتضي تواجده اليومي و المتواصـــــــــــــــــــل

01- En ce sens :Cass.Civ.4/11/1977.D1978-i-r-209.

02- و يمد البعض نفس الإلتزام إلى الغرض الذي تكون فيه المواد مقدمة من جانب رب العمل . أنظر : Bricmont :Op.Cit , p 43 et 44.

03- "Un contrôle sérieux". V .Cass.Civ4/1/1971 ; 9/5/1972; 2/4/1974;25/5/1977 cité par Caston , p.192 note 176.

04- و مع ذلك يرى البعض أن المهندس لا يكون مسؤولا عن العيوب الخفية في المواد التي كان من المستحيل عليه أن يكتشفها ، أنظر : Bricmont, p41.

05- V.Cass.Civ31/1/1969 .J.C.P 1969-2-1537 et note Liet-Veaux .

و راجع في نفس هذا الاتجاه : Bricmont .p41

بالموقع (1)، و لا يحل محل الالتزام بالمراقبة الذي يتعين على المقاول أن يباشـــره بنفسه على كل من يستخدمهم من العمل (2).

غير أن المحاكم لا تعتمد موقفا ثابتا في تقديرها لمفهـــوم إخـــلال المهنـــدس بهـــذا الالتزام. فتارة يظهر القضاء تشددا واضحا ، و بخاصة حين يتعلق الأمر بجزء هام في مرحلة البناء (3) ، فتستلزم على المهندس أن يتسم بالانتباه و الحذر (4) أو على رقابة فائقة (5) أو متشددة (6) . و تعبيرا عن هذا المعنى ، جاء في حكم لمحكمـــة النقض الفرنسية أن " مهمة الرقابة على تنفيذ الأعمال ، لا تمثـــل مجـــرد إصـــدار تحفظات بعدية ، و إنما يتعين على المهندسين أن يتأكدوا – أولا بأول – من خـــلال مراجعتهم لهذا التنفيذ ، أن الأعمال تسير سيرا حسنا طبقا للتصميمات و المقايـــسات الموضوعة ، و بوسائل التنفيذ المحددة " ، و أيدت في هذا الحكم إدانتهم لأنهم " لـــو كانوا قاموا بهذه المهمة كما ينبغي ، لكان بإمكانهم أن يتفطنوا إلى العيب الذي وقـــع في الأعمال " (7).

كما أبدت في حكم آخر، ما استخلصته محكمة الاستئناف من تعدد العيوب الجوهرية و من انتظام وقوعها "ما يثبت بكل وضوح سوء الملاحظة من جانب المهندس "(8).

كما أبدى القضاء الإداري – في بعض أحكامه – نفس الدرجة مـــــــن

01- قارن – مع ذلك – قول البعض بأن الرقابة على التنفيذ تقضي " التحقق الخاص و المتتـــابع و اليـــومي ، للطريقة التي ينفذ بها المقاول العمل "

"La vérification spécial, suivi, journalière de la manière dont l'entrepreneur exécute les travaux ". Bricmont , p.39

02- En ce sens : Labin :Op. Cit , p 70 ; Mazeaud(H.L.J) : Op.Cit , p 60..

03- كما هو الحال في تنفيذ الأساسات، انظر: Cass.Civ.23/1/1979. D 1979-i-r-270.

04- أنظر مـــــــــثلا : " Surveillance attentive" ou " vigilant". Cass .Civ23/1/1979 .D1979-i-r-270

05- أنظر: " haute surveillance".Cass.Civ1/10/1968 cité par: Mazeaud(H,L,J):Op.Cit,p71

06- "Un contrôle exigeant". Cité par : Saint-Alary : Op.Cit, p .142.

07Cass.Civ 4/7/1973 D 1974 –J-233 et note :J-Mazeaud .

08- Cass.Civ .13/12/1967 cité par caston, p 192.

التشدد(1)، فجاء في حكم لمجلس الدولة الفرنسي أن " زيارات – و لو منتظمة – لموقع العمل، لا تكفي للتدليل على أن المهندس قد أحسن الاضطلاع بمهمة الرقابة على تنفيذ الأعمال " (2).و تارة أخرى، بدا القضاء أقل تشددا ، فقصرت بعض الأحكام التزام المهندس بالإشراف على التنفيذ ، على مجرد تنسيق أعمال الفنيين (3) ذوي التخصصات المختلفة ، المشتركين في عملية البناء ، و الاطمئنان على أن تنفيذ الأعمال يسير بشكل مرض ، و أن التنفيذ يتم وفقا للتصميمات الموضوعة ، و ذلك كله من خلال زيارات دورية يقوم بها لموقع العمل (4) . كما أكد البعض الآخر، انه لا يمكن أن يكون على المهندس " أن يراقب العمل لحظة بلحظة حتى يتم وضع كل عنصر من عناصر البناء في مكانه (5). و انطلاقا من هذا المفهوم ، قضي بأنه إذا كان العيب وقع فيما بين زيارتين للموقع ، و لم يكن بالإمكان ملاحظته إلا بهدم البناء ، فإن المهندس لا يكون مسؤولا عنه (6).و يرجع البعض ، هذا الاختلاف في الاتجاهات ، إلى أن الأمر يتعلق بمسألة واقع (7) ، و أن التزام المهندس بمراقبة الأعمال هو مجرد التزام بوسيلة ، و من ثم فإن تقدير ما إذا كان المهندس قد أخل بتنفيذ هذا الالتزام سوف يتوقف على ظروف كل حالة على حدة .

و يضع قضاة الموضوع في اعتبارهم ، طبيعة البناء ، و مدى دقة الجزء من العمل الذي وقع العيب في تنفيذه (8)، و المدى الزمني الذي استغرقه تنفيذ هذا الجزء ، و مدى تعدد أو تكرار العيوب ...الخ.

01- V.par ex : C.E 11/2/1970 ; 8/4/1970 ; 27/11/1970 ; 2/12/1970 ; 24/03/1971 ; 08/06/1973 ; 09/01/1974 ; 10/07/1974 ; 01/10/1975 ; 28/11/1975 ; 21/05/1976, cité par ; Labin : Op .Cit, p .74 .

02- C.E 16/6/1965, cité par : caston, p.93 note 186

03- Cass.Civ .4/3/1970 cité par : Labin ,970.

04- Lile 3/7/1968 cité par : Caston , p 191 .

05- V.Rennes 10/12/1947, J.C.P 1947-2-3585.

أشار إليه :د . محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 96، هامش 86.

06- Cass.Civ.8/7/1963, Bult .Civ 1963, p 320, n 371.

07- V.En ce sens : Labin , p.76. ; Cass.Civ 15/1/1974, Blt.Civ.1974, p.14.

-Cass.Civ.26/1/1960;13/12/1967cité par Labin, p71;et en même sens:Caston , p4280

و ليس يهم – في هذا الشأن – عدد المرات التي كان يزور فيها المهندس الموقع، فقد لا يكون مهملا ، و لو فصلن بين زيارتين مدة ليست بالقصيرة ، طالما أنه يعرف أن الأعمال التي من المفروض أن تنفذ خلالها ليست من الأعمال الدقيقة على المستوى الفني. غير أنه قد يكون مقصرا إذا لم يداوم الحضور ليباشر عن قرب، تنفيذ جزء هام من الأعمال حتى الانتهاء منه (1).

و لعل هذا هو ما يفسر ما تستلزمه محكمة النقض الفرنسية من قضاة الاستئناف ، أن يبينوا في حكمهم – قبل الانتهاء إلى إدانة المهندس – ما إذا كان التزام هذا الأخير بالإشراف على التنفيذ من شأنه أن يتدارك العيب الذي وقع في الأعمال (2).

الفرع الثاني: مقاول البناء L'entrepreneur de bâtiment (3):

إذا كان المشرع الجزائري قد تناول الأحكام الخاصة بمهنة المهندس المعماري بشيء من التفصيل، و أفرد لها قانونا مستقلا ينظم أحكامها، فإن مهنة المقاول لم تحظ بهذا الاهتمام التشريعي (4)، لذلك سنحاول في هذا الجزء من الدراسة و بالرجوع إلى الأحكام الواردة في القانون المدني ، و بعض التشريعات الأخرى المنظمة لمجال البناء ، بالإضافة إلى التشريع الفرنسي و ما دعم به من

01–د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 97.

02- V. par ex : Cass.Civ 29/11/1978, J.C.P .1979-4, p.47; Cass.Civ 29/11/1978 D.1979-i-r-236 et note Larroumet.

03– لا بد من التخصيص هنا، لأن لفظ المقال واسع المدلول يشمل أشخاصا لا علاقة لهم بمجال البناء.

04– فالهندسة المعمارية سواء في الجزائر أو فرنسا ، منظمة بموجب قوانين خاصة بها ، و المهندسون المعماريون يمارسون مهامهم تحت ظل نقابة خاصة بهم تمثلهم و تنظم أمور مهنتهم و كيفية مباشرتهم لها ، و تتحدث باسمهم عند الاقتضاء ، أما مهنة المقاولة فلم تنظم تشريعيا حتى الآن ، لا في الجزائر و لا في فرنسا ، و لا توجد نقابة خاصة بالمقاولين ، ينضوون تحت شعارها كما هو الشأن بالنسبة للمهندسين المعماريين . لكن المقاولين المعماريين في فرنسا ، غالبا ما ينتظمون في مجموعات مهنية ، أهمها حاليا : الإتحاد الوطني للبناء La fédération nationale du bâtiment و يرمز لها بـ (F.N.B) ، و الإتحاد الفرنسي للأشغال العامة La fédération française des travaux publics (F.F.T.P)، كما تتم مراقبة مباشرة المهنة عن طريق ماسمى "بالتنظيم المهني لتوصيف و تقييم البناء La fédération professionnel de qualification et de classification du bâtiment (O.P.Q.C.B).

أحكام قضائية و اجتهادات فقهية ، الوقوف على هذا الطرف الملتزم بموجب أحكام الضمان العشري ، و ذلك بتعريفه ، ثم بيان أهم التزاماته و حدود مسؤوليته .

و أخيرا و لما كان بإمكان المقاول في حالات معينة أن يعهد ببعض الأعمال إلى غيره من المقاولين ، و هم من يطلق عليهم لقب " المقاول من الباطن " ، كان و لا بد من التطرق لهذه المسألة ، كل ذلك كما يلي :

أولا:تعريف مقاول البناء (1):المقاول لغة ،اسم فاعل،من قاول و جادل و فاوض،فهو مفاوض(2)، أما اصطلاحا،و بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري،نجد أنه و رغم تطرقه لعقد المقاولة في الفصل الأول من الباب التاسع من القانون المدني ، إلا أنه لم يعرف المقاول ، و اقتصر فقط على ذكر أهم التزاماته .

أما المرسوم التشريعي 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري فقد أطلق مصطلح"صاحب المشروع المنتدب" Le maître de l'ouvrage délégué على المقاول،و عرفته المادة 08 منه بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يفوضه صاحب المشروع، قانونا للقيام بانجاز بناء ما أو تحويله".

أما فقها فإن بعضهم (3) قد عرفه بأنه الشخص الذي يعهد إليه بتشييد المباني ، أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى ، بناء على ما يقدم له من تصميمات ، و دون أن يخضع في عمله إلى إشراف أو إدارة ، و يستوي في ذلك أن تكون المواد التي أقام بها المنشآت قد أحضرها من عنده أو قدمها له رب العمل .

و قد أطلق البعض لفظ المنفذ (4) على المقاول ، و هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى تنفيذ أعمال البناء وفق تصاميم و رسوم موضوعة مسبقا من قبل مهندس معماري معتمد ، و طبقا للمواصفات و الشروط المتفق عليها في العقد

01- أنظر في ذات هذا التعريف ما ورد في رسالتنا سالفة الذكر ، ص 20 .

02-د. محمد النفوري : التزامات البناء و مسؤوليته عن تصدع البناء ، مجلة المحامون السورية ، الأعداد (4، 5، 6) ، 1992 ، ص 318.

03-د. عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 420 و 421.

04-د. يوسف إبراهيم ، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري و المقاول ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، 1995 ، الجزء (3) ، ص 686 . انظر أيضا Mazeaud:Op.Cit, p.73.

أو في دفتر الشروط إن وجد.

و من جملة التعريفات المذكورة آنفا ، يمكننا تعريف المقاول الذي يترتب في ذمته الضمان العشري ، بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي ، يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ، يلتزم بمقتضاه تنفيذ محتوياته ، مراعيا في ذلك التصميم و النماذج و الرسوم الموضوعة من قبل مهندس معماري (1).

و المقاول في كل ذلك،يختلف دوره عن دور المهندس اختلافا كبيرا ، فالمهندس يقوم أساسا بعمل فكري أو ذهني،و هو تصميم البناء و وضع مشروعات تنفيذه،في حين أن المقاول تاجر(2) يحترف عملا ذا طابع مادي يتمثل أساسا في تنفيذ البناء تبعا للتصميم الذي أعده المهندس و طبقا للخطة التي وضعها.

ثانيا: دور المقاول في عملية التشييد و حدود مسؤوليته : أسلفنا القول بأن مهمة المقاول تتمثل – أساسا– في تنفيذ الأعمال ، طبقا للتصميمات التي وضعها المهندس و اعتمدها كل من رب العمل و الجهة الإدارية التي تصدر الترخيص . و تخصصه في هذا الشأن يستوجب منه أن يراعي في مهمته هذه أصولها الفنية، كما أن عليه – ككل متعاقد – أن يتقيد بالشروط التي تضمنتها الصفقة التي أبرمها مع رب العمل.

و تعبيرا عن هذا المعنى جاء في أحد العقود النموذجية ، التي وضعت في فرنسا سنة 1948 ، أنه يتعين على المقاول " أن يتخذ كل ما هو ضروري من الأعمال بغية إنجاز العمل على أكمل وجه، بحيث يقدم هذا العمل، في ضوء ما وصل إليه الفن المعماري، و بأن يتقيد ، في كل مراحل التنفيذ ، بما وصل إليه هذا الفن ، و بأصول الحرفة التي يزاولها " (3) .

و من جهة أخرى ، فإنه يلزم التنويه إلى أنه ، بالرغم من أن المقاول يستقل – من الناحية القانونية – عن المهندس المعماري ، بحيث يرتبط كل منهما برب العمل

01- أو رب العمل إذا ما تولى هذا الأخير وضع التصميم و النماذج بنفسه، و كل شخص آخر يقوم بهذا الدور بغض النظر عن مؤهله العلمي.

02- أنظر المادة 05/02 من القانون التجاري الجزائري .أنظر أيضا : Boubli : Op.Cit, p .99.

03- أنظر في تفاصيل ذلك : Caston : Op.Cit, p 57.

بعلاقة عقدية منفصلة ، إلا أن مسؤولية كل منهما لا تقدر – في الأعم الأغلب – بمعزل عن مسؤولية الآخر ، و ذلك بالنظر إلى ارتباطهما على المستوى العملي (1) . لذلك فليس من الغريب أن يكون على المقاول – فضلا عن مهمة التنفيذ البحتة – معاونة رب العمل ، و إبداء الرأي إليهما في التعليمات التي تعطى إليه ، و في المشاكل التي تعترض التنفيذ ، أو في العيوب التى تتضمنها التصميمات ، كما يتصور – تفريغا لذلك – أن ينفرد المقاول وحده بالمسؤولية في نطاق معين ، كما هو الحال مثلا في التأخر عن تسليم الأعمال عن الموعد المحدد بالصفقة (2)، حتى لو كان المهندس قد ساهم – بدوره – في الأسباب التي أدت إلى تأخير تنفيذ الأعمال (3) . أو أن يشترك المهندس معه فيها، كما هو الحال فيما يتعلق بالعيوب التي تقع من المقاول في تنفيذه للأعمال و التي كان يمكن تداركها لو لا تقصير المهندس في التزامه بالملاحظة و الرقابة على هذا التنفيذ.

كما تلزم الإشارة – في هذا الموضع – إلى ما سبق أن ذكرناه – من أن المقصود بالمهندس ، في ما يتعلق بالضمان العشري ،كل من اتخذ لنفسه هذه الصفة أو تلك ، أو أدى دور صاحبها ، لذلك فإن من المسلم به ، إنه إذا لم يكن رب العمل قد استعان بمهندس بناء ، و إنما أوكل المهمة كلها ، في معنى ما تعلق منها بتصميم الأعمال ، و الإدارة و الإشراف على تنفيذها ، فضلا عن عملية التنفيذ بمعنى الكلمة ، إلى المقاول ، فإن هذا الأخير يتحمل إلى جانب مسؤولية محترف التنفيذ ، مسؤولية المهندس أيضا (4) . و في هذا الشأن ، يصل مجلس

01- Mazeaud (H, L, J) : Op.Cit, p.88.

02- و تعبيرا عن هذا المعنى يقول السادة Mazeaud أنه إذا كان لا يوجد – في الحقيقة – بين المهندس و المقاول روابط قانونية ، إلا أن اجتماعهما على نفس العمل ينشئ بينهما روابط من الواقع وثيقة الصلة ، لا يمكن للقانون أن يتجاهلها.V.Mazeaud (H, L, J) : p.88.

لذلك جعل المشرع الجزائري المسؤولية بين المهندس و المقاول في مجال الضمان العشري تضامنية ، و هو ما تقضي به أحكام المادة 554 مدني بقولها (يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامنين ...).

03- راجع في مثال بهذا الفرض :.Cass.Civ.3/2/1981, G.P.1981-2-som -193

04- V.En ce sens : Gabolde : La responsabilité décennal en droit public, J.C.P −04 1968-1-doct-2191.

الدولة الفرنسي ، إلى حد تصحيح الشرط الذي يرد أحيانا في الصفقات التي تبرم بين أرباب العمل و المقاولين ، و الذي بموجبه "تحل مسؤولية المقاول محل مسؤولية المهندس عن عيوب المبنى ، التي تنسب إلى هذا الأخير (1) ، و هكذا فإنه يلزم – في كل دعوى – تفسير نية طرفي عقد المقاولة ، و تحديد المهام المنوطة بالمقاول (2). و مما سبق ، يمكننا القول أن للمقاول التزامات معينة ، يترتب على الإخلال بها مع توفر شروط معينة الضمان العشري ، و تتمثل هذه الالتزامات أساسا في : تنفيذ أعمال البناء وفق شروط معينة ، ضمان جودة مواد البناء ، و يضيف الفقه و القضاء الفرنسي الالتزام بالإعلام ، الإخطار و الإرشاد . و هو ما سنحاول التعرض له من خلال ما يلي (3):

1– الالتزامات الخاصة بتنفيذ أعمال البناء أو المنشأ الثابت: إن تنفيذ أعمال البناء لا بد و أن يتم وفق أسلوب محدد، يراعي من خلاله المقاول واجبات يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ– مراعاة شروط الصفقة و أصول المهنة و أعرافها: إذ يجب على المقاول تنفيذ البناء وفق ما هو متفق عليه في عقد المقاولة، و طبقا للشروط الواردة فيه، و بخاصة طبقا لدفتر الشروط إن وجد.

و في حالة غياب مثل هذه الشروط ، وجب إتباع العرف ، و قواعد الفن و أصوله (4).و يكون المقاول مسؤولا عن العيوب التي تقع في تنفيذ الأعمال(5)،و إن يندر في الواقع أن يكون وحده المسؤول عن ذلك، ما دام أنها يمكن أن يرجع سببها أيضا إلى إهمال المهندس،الذي لو كان قد قام بواجبه في الرقابة على التنفيذ كما ينبغي(6)

01- V.par ex : C.E 17/12/1954, D 1956 som 3.

أشلر إليه : د : محمد شكري سرور ، المرج السابق ، ص 99 .

02- En ce sens : Mazeaud (H, L, J) : Op. Cit, p.73.

03– أنظر فيما يأتي ، رسالة الماجستير المنجزة من طرفنا ، ص 22–26 .

04– د. السنهوري ، المرجع السابق ، ص 175 .

05- Rouen 23/4/1980.G.P 1981-1-som-150.

06– أنظر فيما سبق في مسؤولية المهندس في الإشراف على التنفيذ ص117 إلى 124 من هذا البحث .

لأمكن للمقاول أن يتداركها (1).

لذلك قضي بأن المهندس الذي بدلا من أن يراقب تنفيذ الأعمال بعناية ، و أن يفرض على المقاول أولا بأول كل ما يلزم من الإصلاحات في هذا الشأن ، لم يتدخل بملاحظته إلا عندما انتهت عملية التشييد ، يكون مسؤولا في مواجهة رب العمل عن العيوب التي عرضت للخطر متانة البناء و سلامته (2).

ب- مراعاة النصوص التشريعية و التنظيمية : ينبغي على المقاول أن يقوم بتشييد البناء طبقا للرسوم و النماذج الموضوعة من طرف المهندس، في حالة وجودها، و للنصوص التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل في ميدان البناء.

2- الالتزام بضمان جودة مادة البناء و خلوها من العيوب:قد تكون مواد البناء من أهم أسباب التهدم الكلي أو الجزئي للبناء أو المنشأ الثابت،و تهديد متانته، كأن تكون غير صالحة أو مخالفة للمواصفات الفنية(3)، و للشروط المتفق عليها في العقد ، كأن تكون هذه المواد من نوع رديء لا تسمح به أصول الصنعة ، كاستعمال خشب من نوع سيء في أرضية البناء ، أو حديد تسليح من نوع رديء كذلك (4).

و غالبا ما يثير عيب المواد مسؤولية المقاول العشرية بالنظر إلى ما يصيب البناء من خلل نتيجة هذه العيوب ، لا يظهر - عملا -إلا بعد التسليم و خلال مهلة الضمان العشري ، لذلك يتعين علينا لتحديد مسؤولية المقاول بدقة التعرض للفرضين الآتي بيانهما :

الفرض الأول: توريد المقاول المواد المستخدمة في البناء:إذا ورد المقاول المواد المستعملة في عملية التشييد ، كان مسؤولا عن جودتها، و عليه ضمانها لرب العمل،و ذلك وفقا لأحكام المادة 551 من التقنين المدني الجزائري (5).

01- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 117.

02- V.Cass.Civ 4/7/1973, D.1974.

03 - المقصود بالمواصفات الفنيةles normes المقاييس الواجب احترامها من طرف المنتج أوالصانع لمواد البناء.

04- عبد الرحيم عنبر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين التشريعات العربية، 1977، ص 175.

05-إذ تقضي المادة 551 من التقنين المدني الجزائري بما يلي : (إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولا عن جودتها و عليه ضمانها لرب العمل).

و ينبغي على المقاول في هذا الفرض أن يراعي في المواد الموردة ، بنود العقــد ، القوانين و التنظيمات ، و أصول الفن و قواعد المهنة و أعرافها ، و أن يورد موادا من ذات ما هو موصوف في المقايــسات و كراســات الــشروط بأوصــافها ، و خصائصها و أثمانها ، و ألا يركن إلى التوفير ، فيورد غيرها (1) ، أو دونها صفة و خاصية (2) ، أو غير مجربة فلم تثبت بعد صلاحيتها تماما لهذا الغرض (3) . و عليه أن يؤدي التزامه بتوريد المواد المستعملة بكل حرص و صدق و أمانه ، و أن يتخذ من الاحتياطات كل ما هو ضروري لضمان سلامة هذه المواد ، و صلاحيتها لأداء المنتظر منها (4).

على أن المقاول لا يسأل إلا عن العيوب التي يمكن كشفها بالنسبة لمقاول من نفس مستواه و في نفس ظروفه، أما العيوب التي لا يمكن كــشفها بالنــسبة لهــذا المقاول، مهما بذل من العناية و الاهتمام، فلا يسال عنها (5)، و يقع عليه بذل إثبات هذه العناية (6)، و له في ذلك أن يستعين بكافة طرق الإثبات.

و في هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي، بأن المقاول لا يكون مسئولا عن انخساف أرضية البناء، بسبب عفن نخر الأخشاب المستعملة، ناتج عـــــن إصابتها بفطر مجهــري، لم يكن بالمستطاع ملاحظته أثناء استعمالها (3).

أما إذا كانت العيوب يمكن للمقاول أن يكتشفها، أو كان من المفتـــــرض

01-كأن يورد خشبا لأرضية البناء من نوع رديء أو يورد خشبا مضغوطا على خلاف المتفق عليه ، أو يورد حديدا أقل مقاسا من المتفق عليه .

02-كأن يستعمل نوعا من الاسمنت غير مقاوم للأملاح على خلاف ما هو متفق عليه. أنظــر: عبــد الــرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 768.

03 -Bricmont : Op.Cit, p42.

04- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 98، هامش 210.

05- و لا يجوز القول بتطبيق قواعد ضمان العيوب الخفية في عقد البيع على حالتنا هذه ، إلا أنه مــن المتفــق عليه في أغلب الفقه و القضاء ، أن المقاول في هذه الحالة يحتفظ بصفته كمقاول و لا يعتبر بائعــا ، و بالتــالي يخضع في ضمان عيوب المواد التي وردها لأحكام عقد المقاول . أنظر في ذلك :

Saint- Maurice : Op.Cit p 123 ; Bricmont : Op.Cit, p 62.

06-Boubli : Op.Cit, p 90 ; Caston : Op.Cit, p .196.

07- C.E 11/05/1955, cité par : Bricmont : Op.Cit, p 62, note 36

اكتشافها ممن في مستواه الفني من أهل طائفته، فإنه يكون ضامنا لها، مسئولا عما تحدثه من أضرار، كما لو كان قد اختار أخشابا مهيأة فطريا بحسب طبيعتها لأن تصاب ببعض الحشرات القارضة (1).

و مسؤولية المقاول عن عيوب المواد التي وردها تبقى قائمة و لو قام المهندس بفحصها تأدية لدوره في الرقابة و الإشراف على التنفيذ ، فهذا ليس من شأنه أن يعفي المقاول من المسؤولية،و إن كان سيضيف مسئولا آخر هو المهندس المعماري،ليس عن عيوب المواد ذاتها، و لكن عن تقصيره في واجب فحصها (2).

و تجدر الإشارة هنا إلى أنه في حالة عدم الاتفاق على صنف المادة المطلوبة، أو على خصائص معينة فيها، كان على المقاول أن يورد مواد تستعمل عادة في مثل هذا الفرض (3) ، كذلك إذا لم تحدد درجة الجودة ، كان عليه أن يورد موادا ذات درجة متوسطة على الأقل (4).

<u>الفرض الثاني</u>: <u>عدم توريد المقاول المواد المستخدمة في البناء</u>: قد يورد المواد رب العمل ذاته، أو يوكل توريدها إلى شخص آخر غير المقاول، يتعاقد معه على التوريد، و هنا يظهر دور المقاول في الرقابة على المواد الموردة.

إلا أنه قبل ذلك ، يتعين على المقاول أن يقوم بمعاينة نظرية للمواد المذكورة في المقايسة الوصفية ، و كذا كراسة الشروط (5) ، للتعرف على المواد

01- و في هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية المقاول عن التلف الذي أصاب الأخشاب المستعملة في البناء ، نتيجة مهاجمة نوع من الحشرات لها ، لأن المقاول لم يكن قد تحقق من سبق معالجتها ضد هذا النوع من الحشرات ، أنظر في ذلك : Cass. Civ :21/02/1979 .D 1979-i-r-317.

02- عبد الرازق حسين ياسين : المرجع السابق ، ص 770 .

03- Cass.Civ .5/12/1904 .

أشار إليه: عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 770 ، هامش 186.

04 –Bricmont : Op.Cit, p 600 .

أنظر أيضا : شنب : المرجع السابق ، ص 116.

05-و فحصها فحصا دقيقا ، سواء كان واضعها هو رب العمل أو غيره من المتخصصين . أنظر في ذلك: Bricmont : I bid , p 57

الموصوفة لتنفيذ المشروع ، فإذا استطاع أن يتبين (1) ، أن بعض هذه المـــواد لا تصلح للاستخدام في المشروع ، أو غير مناسبة تماما له ، تعين عليـــه إخبـــار رب العمل و المهندس المعماري تنفيذا لالتزامه بالنصح و الإرشاد (2) بما اكتشفه ، مع تقديم المواد البديلة التي يقترحها ، فإن وافق المهندس على رأيه ، و أمر بتغيير هذه المواد ، لا مشكلة تثور ، أما إذا أصر على صحة ما جاء من المقايسات و كراســـة الشروط و أيده رب العمل ، كان على المقاول أن يمتنع عن استخدام هذه المـــواد ، إلا إذا أعطي أمرا كتابيا بذلك ، و إلا كان مسئولا طبقا لأحكام الـــضمان العـــشري عما يحدث جراء استخدامه لهذه المواد (3).

هذا بالنسبة للمراقبة النظرية لكراسة الشروط و المقايسات ، أما درجة مسؤوليـــــة المقـــاول عن الالتزام بمراقبة المواد المستعملة التي لم يوردها، تختلف تبعـــــــــا لما إذا كان رب العمل من المتخصصين في مجال البنـــاء، أم غير ذلك.

الفرض الأول: و الذي يعتبر فيه رب العمل من أهل الخبرة و الفن، فلـــيس هناك التزام على المقاول بفحص المواد التي يوردها إليه رب العمل (4)، إذ يكـــون من حقه في هذه الحالة أن يحتج بتخصص رب العمل (5) ، و لا يكون المقاول في هذا الصدد مخلا بالتزامه ، و لا يتحمل أية مسؤولية ناجمة عن عدم صلاحية المواد المستعملة ، إذ الفرض أن رب العمل المورد من أهل التخصص قد قام بفحـــصها و معاينتها ، و بالتالي يتحمل دون المقاول ، مسؤولية ما يوجد بها من عيوب (6) ، ما لم تكن تلك العيوب من الظهور بمكان ، بحيث لا تخفى، و ما كان ينبغي أن تخفى

01–بما لديه من خبرة قد تفوق خبرة المهندس المعماري، أو بما له من وسائل و إمكانيات إذا كان شركة كبرى متخصصة في هذا المجال.

02–أنظر فيما بعد ، إلتزام المقاول بالإعلام و الإرشاد ، ص 155 من هذا البحث .

03- C.E 2/4/4976, cité par : Bricmont : Op.Cit, p 55.

04- Liet –Veaux (G) : La responsabilité de droit commun des entrepreneurs, .J.C.Respn .Civ , Fasc .355-2, n 116.

05– و هو ما يكون غالبا موضع اعتبار عند التعاقد ، و على ذلك فلا يخرج هذا الحكم عن أن يكـــون تفـــسيرا لإرادة المتعاقدين .

06– عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 772.

على مقاول مجرب مثله (1) ، فهنا يتعين عليه – طبقا لالتزامه بالنصح و الإرشاد– أن يخطر رب العمل بالعيوب الموجودة في هذه المواد (2)، فإن لـم يفعـل كـان مسئولا طبقا لأحكام الضمان العشري عن إخلاله بالتزامه هذا، إذا حدث شيء مـن موجبات تطبيق هذه الأحكام (3).

الفرض الثاني: و الذي لا يعتبر فيه رب العمل من أهـل الخبـرة و الفـن، فيتعين على المقاول عندئذ أن يقوم بفحص و مراقبة المواد التي قدمها له رب العمل فحصا دقيقا ، مستعملا في ذلك كافة الوسائل العلمية الحديثة المتاحة له ، حتى يتأكد تماما من خلو المواد من أي عيب يوجد بها (4).

و تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري،و إن كان قد رتب مسؤولية المقاول عن المواد التي يوردها بموجب أحكام المادة551 مدني(5)،فإنه أغفل ذكر التزامات المقاول في مراقبة هذه المواد عند عدم توريده لها،فبالرجوع إلـى المـادة01/552 مدني(6) نجد أنها تتحدث عن مسؤولية المقاول في الحرص على المادة المقدمة له ، و مراعاة أصول الفن في استخدامه لها ، و ترتب عليه المسؤولية في حالة مـا إذا أصبحت هذه المواد غير صالحة للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية .

لذلك فإننا نرى، أنه في الحالتين يتعين على المقاول أن يخطر رب العمل بما ينكشف له من عيوب في المواد التي تم توريدها (7)، و أن يطلب تصليحها، إذا كـان

01– أما إذا كان لا يمكن لمقاول مثله، و في نفس ظروفه أن يكتشف العيب، فإنه لا يكون مسئولا عنه. أنظـر في ذلك: عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 772، هامش 196.

02 -Bricmont : Op. Cit , p 63 ; Sant –Maurice :Op.Cit , p 121 ; Caston : Op.Cit , p 196 .

و انظر أيضا: محمد شكري سرور: المرجع السابق، ص 119.

03– و إلا فطبقا للأحكام العامة في المسؤولية العقدية .

04- Liet –Veaux (G) : art précité, n 11; Caston : Op.Cit, p 196.

05– أنظر المادة 551 من التقنين المدني الجزائري.

06– حيث تقضي المادة 01/552من التقنين المدني الجزائري بما يلي : (إذا كان رب العمل هـو الـذي قـدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها و يراعي أصول الفن في استخدامه لها و إن يؤدي حسابا لرب العمل عما استعملها فيه و يرد إليه ما بقي منها ، فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بـسبب إهمالـه أو قصور كفايته الفنية فهو ملزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل).

07– تطبيقا لمبدأ تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية الذي تقضي به المادة 01/107 مدني جزائري.

ذلك ممكنا،أو استبدالها بغيرها مما يصلح استعمالها.فإن أجابه رب العمل، انتهى الأمر،أما إذا أصر على استعمال المواد المعيبة التي وردها بنفسه،كان على المقاول أن يرفض استخدام هذه المواد،لما قد ينجر عنها من عيوب قد تكون كبيرة الخسائر.

3- التزام المقاول بالإعلام و الإرشاد : المقاول – مثله مثل المهندس – مستشار عميلة الذي يليه ثقته من الناحية الفنية ، و من ثم فإن عليه – بدوره – أن يشير عليه بالرأي ، حول كل أوجه المشروع المكلف بتنفيذه ، خاصة إذا كانت عملية التنفيذ تتم دون إشراف من المهندس المعماري ، و كان رب العمل عديم أو قليل الخبرة في مسائل التشييد و البناء .

و يظهر التزام المقاول بالإعلام و الإخطار خاصة في الفرض الذي يتعهد فيه رب العمل بتوريد مواد البناء ، و تكليف شخص آخر بوضع الرسوم و التصميم، أين ينبغي على المقاول أن يخطر رب العمل بالعيوب و الأخطاء التي يكتشفها في مواد البناء(1)،و في التصميم أثناء تنفيذ مشروعه،إعمالا لالتزامه بالنصح و الإرشاد (2).

و إن كان يتعين على المقاول – من حيث المبدأ – أن يمتثل للأوامر التي تعطى إليه سواء من المهندس أو من رب العمل، و أن يتقيد بها، إلا أن هذا الامتثال ينبغي أن يكون امتثالا إيجابيا أو نشطا(3)، فيجب عليه أن يناقشها مع مصدرها ، إن وجدها غير ملائمة خصوصا إن كانت صادرة عن رب عمل تعوزه الخبرة و

01-و التزام المقاول بإخطار رب العمل بكل عيب قد يكتشفه في مواد البناء أثناء تنفيذه للمشروع ، لا يترتب في ذمة المقاول فحسب ، و إنما يترتب أيضا في ذمة المهندس المعماري ، لأنه ملزم بنص القانون بالمراقبة المستمرة لنوعية البناء ، و هو ما يستشف من المادة 4/2 من المرسوم التنفيذي 95-414 المؤرخ في : 1995/12/09 ، و المتعلق بإلزامية التأمين في مجال البناء من مسؤولية المتدخلين المهنية .

02-انظر في هذا المعنى : كامل فؤاد : المسؤولية المدنية عن تهدم البناء في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، فرع العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر، 2001-2002.

03-و في هذا الصدد جاء في تعليق لحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1950/04/21 و أن:

(L'entrepreneur n'est pas un instrument passif entre les mains de l'architecte, il garde une indépendance au moin relative sur le plan technique ; Si les vices du plan sont manifeste, il doit en avertir l'architecte et demander de nouvelles instruction ; faute de quoi il manque à ses devoirs professionnels et sa responsabilité est engagés).

أشار إليه : د. عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 437.

المعرفة الفنية، بل و أن يرفض الأخذ بها، فإذا أصـــــــــــــر مصدرها علـــى وجوب الأخذ بها ، جاز للمقاول عندئذ أن يرفض تنفيــذ الأعمال (1).

فإذا قدر المقاول مثلا أن المواد المذكورة في المقايسة Le devis أو في دفتر الشروط لا تصلح لاستخدامها في تنفيذ المـــشروع، كـــأن يكـــون الغـــرض الـــذي ستخصص له المنشأة المزمع إنجازها يتنافى و طبيعة المواد التي يستعان بهـــا فـــي تنفيذ المشروع ، تعين على المقاول تنفيذا لالتزامه بالنصح و الإرشاد أن يبادر إلـــى إخطار رب العمل و المهندس المعماري برأيه ، و ما يقترحه من مواد أخـــرى دون تلك المذكورة في المقايسة أو دفتر الشروط (2).

لذلك فليس من الغريب أن يكون على المقاول– فضلا عن مهمته في التنفيذ البحتة – معاونة المهندس فضلاعن رب العمل،و إبداء الرأي لكليهما في التعليمات التي تعطى إليه،و في المشاكل التي تعترض التنفيذ، أو في العيوب التي تتضمنها التصميمات.

إذن ، و من خلال ما سبق، يتضح أن مقاول المباني يتحمل الالتزام بالإعلام فضلا عن الالتزام بالنصح و الإرشاد L'obligation de conseil الذي يثقل كاهله ليس فقط نحو رب العمل ، و لكن تجاه المهندس المعماري أيضا ، و يتضمن هـــذا الالتزام لفت انتباه المهندس المعماري و رب العمل إلى الأخطـــاء الموجـــودة فـــي التصميم و مواد البناء ، و كذلك إلى سلبيات الأوامر التي تلقاها المقـــاول مـــن أي منهما (3) . و يقع على عاتق المدين بهذا الالتزام عبء إثبات تنفيذه ، و يكفي فـــي هذا الخصوص الخطأ اليسير La faute légère لقيام مـــسؤولية المقـــاول ، و لا يستطيع هذا الأخير أن يفلت من المسؤولية بإثبات انه لم يقم سوى بإتباع التـــصاميم الموضوعة من طرف المهندس المعمـــاري ، و أنـــه اكتفـــى بالتقيـــد بتوجيهـــات Directives رب العمل أو الخضوع لأوامر هذا الأخير (4).

01- V. Mazeaud (H.L et J) :Op.Cit, p 73.

02 –د. عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 771.

03-V. En ce sens : Liet – Veaux (G), J.C. Res Civ , fasc .355-2 , n 27.

04-V.Viney (G): Les obligation , La responsabilité (condition) , Traité de droit civil sous la direction de Ghestin (J), Tome IV, L .g .d .j .1982 , P 607.

4- مسؤولية المقاول - في مواجهة رب العمل - عن أخطاء مقاوليه من البـــاطن :

كثيرا ما يضطر مقاول البناء اللجوء إلى أشخاص آخرين لتنفيذ جزء أو أجزاء مـــن البناء محل عقد المقاولة مع رب العمل ، دون أن تكون هناك رابطـــة تبعيـــة بـــين الطرفين، و هو ما يطلق عليه " عقد المقاولة من الباطن " (1).

و المشرع الجزائري لم يعرف عقد المقاولــــــــــــة من الباطن، و لا المقاول.

أما المشرع الفرنسي، فقد اكتفى بتعريفه في المادة الأولى من القـــانون رقـــــــــم: 75- 1334 المؤرخ في: 1975/12/31 و المتعلق بالمقاولة الفرعيـــة ، و التـــي تنص على ما يلي: (المقاولة الفرعية في مفهوم هذا القانون ، هـــي العمليــــــــــة التي بموجبها يعهد المقاول و تحت مسؤولية شخص آخر يدعى المقـــاول الفرعـــي بتنفيذ كل أو جزء من عقد المقاولة أو صفقة عمومية مبرمة مع رب العمــــــــل).

و مما سبق يمكن القول أن المقاول من الباطن هو من يعهد إليه المقـــاول الأصـــلي تنفيذ كل أو جزء من الصفقة التي أبرمها هذا الأخير مع رب العمـــــــــــــــل، و ذلك بمقتضى عقد المقاولة من الباطن (2).

و المقاول من الباطن، لا يخضع لأحكام الضمان العشـــــــــــــــــــري، و قد تقرر ذلك تشريعيا في كل من القانونين الجزائري (3) و الفرنسي (4).

و حيث لم يكن الأمر (5) تفسيريا، بل هو رغبة قامت لدى المـــشرع ، فـــلا شك أن التساؤل يثور حول الاعتبارات التي بنى عليها المشرع رغبته هذه ، و هـــل هذه الاعتبارات لازالت قائمة ، رغم كل التغييرات التي حدثت في مجال التشييد و

01-و قد أجاز القانون الجزائري للمقاول تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي، إذا لم يمنعـــه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية. أنظر في ذلـــك المـــادة 1/564 من التقنين المدني الجزائري .

02-و هو عقد يجب أن يتوافر فيه كافة خصائص عقد المقاولة ، و التي من أهمها استقلال المقاول من البـــاطن في تنفيذ ما عهد إليه به من الصفقة ، عن المقاول الأصلي ، تماما كالمقاول الأصلي بالنسبة لرب العمل .

03-إذ تقضي المادة 803/554 من التقنين المدني الجزائري بما يلي: (و لا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين)

04-و دلالته في المادة 1792 بفقراتها الثلاث من القانون المدني الفرنسي.

05-أي أمر إخضاع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري .

البناء، حتى أن المشرع الفرنسي لازال مصرا عليها، فلم يتعرض لها بالتغيير في تدخله الأخير بالقانون رقم 12 لسنة 1978، رغم ما أتى به في هذا التدخل من توسع هائل في النطاق الشخصي المدين بأحكام هذا الضمان.

و لا شك أن البحث في هذه الاعتبارات لا يكون بالبحث في النصوص بل بالبحث فيما ورائها ، من أعمال تحضيرية هيأت لها و مهدت سبيل إخراجها .

و برجوعنا إلى الأعمال التحضيرية للقانون رقم 12 لسنة 1978 الذي اعتبره الفقه الفرنسي، إصلاحا شاملا لأحكام الضمان العشري (1)، اتضح أنه عند عرض مشروع القانون المقدم من الحكومة على لجنة الشؤون التشريعية بمجلس الشيوخ، اقترح أحد أعضائها "M. pillet " " أن يكون المقاول من الباطن مسئولا بالتضامن مع المقاول الأصلي ، عن الالتزامات التي تفرضها على هذا الأخير المادة 1792 و ما بعدها ، و ذلك منذ اللحظة التي يكون فيها رب العمل قد قبل المقاولة من الباطن ، و أقر شروط الدفع التي وضعها أطرافها ، طبقا لما تقضي به المادة الثالثة من القانون رقم 1334 لسنة 1975 الصادر في 31 ديسمبر 1975 و الخاص بتنظيم عقد المقاولة (2).و خرج مشروع القانون من مجلس الشيوخ يحمل هذا الاقتراح إلى الجمعية الوطنية (مجلس النواب)، حيث تم التصويت على حذفه من المشروع، بناء على اعتبارات مالية معينة و، حجج قانونية (3).

فأما عن الاعتبارات المالية و الفنية ، فهي أن المقاول من الباطن ، أو الشركات التي تقوم بالمقاولة من الباطن ، إمكانياتها التمويلية غالبا ما تكون ضعيفة، و ليس لديها الكفاءة المطلوبة ، لا من الناحية المالية ، و لا من الناحية الفنية ، كي

01- الجريدة الرسمية 3 من جانفي 1976، ص 135 .

02- Art.3 de la loi 75-1334 du 31 /12/1975 : (L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous – Traitants doit au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché faire accepter chaque traitant et agréer les condition de paiement de chaque contrat de sous –traitante par le maître de l'ouvrage".

03- راجع بتوسع أكثر في هذه النقطة : Pigot : La réforme de L'assurance construction, éd L'arhus, Paris, 1980. , p 42.

تكون مسؤولة عن العمل المطلوب تشييده في مجموعه، و القول بخضوعها لأحكام الضمان العشري الوارد بأحكام المادة 1792 و ما بعدها ، يعرضها للإفلاس (1).

أما الأسانيد و الحجج القانونية فمؤداها أمران :

أولهما : أساس تطبيق أحكام الضمان العشري،هو ضرورة وجود عقد مقاولة يربط المقاول من جهة و رب العمل من جهة أخرى و هو الأمر المفتقد،ذلك أن عقد المقاولة هنا يربط المقاول الأصلي و المقاول من الباطن ، و العقدان و إن تداخلا موضوعا،اختلفا أشخاصا، و تطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقد ، لا يجوز إخضاع المقاول من الباطن لمسؤولية المشيدين ، دون أن يربطه برب العمل عقد مقاولة (2).

ثانيهما : أن القول بإخضاع المقاول من الباطن لمسؤولية المشيدين ، فيه مخالفة لأحكام القانون رقم 1334 لسنة 1975 سالف الذكر ، الصادر بقصد حماية المقاولين من الباطن من إفلاس أو تصفية أعمال المقاول الأصلي ، و الذي جعل هذا الأخير مسؤولا عن المقاول من الباطن في مواجهة رب العمل (3).و هي أيضا الحماية التي حاول المشرع إحاطة المقاول الفرعي بها بموجب أحكام المادتين لمادة 564 و 565 من التقنين المدني (4).

01- حيث قيل في الجمعية الوطنية ما يلي :

(Les capacités financières, et même techniques, de ces artisans des petites et moyennes entreprises sont très limitées, une disposition les rendant responsables de l'ensemble de l'ouvrage parait tout à fait excessive).

أنظر بالإضافة إلى المرجع في الهامش السابق : الجريدة الرسمية لمناقشات الجمعية الوطنية الفرنسية

J.O, Déb.A N., 20/12/1977, P 8980; Caston : Op.Cit, p 391 et s.

02- Caston : op.cit, p 392.

03- و ذلك طبقا لما قال به النواب بالجمعية الوطنية، أنظر في ذلك المراجع المشار إليها في الهامشين السابقين.

04- إذ تقضي المادة 564 مدني جزائري بما يلي: (يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية.و لكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول الفرعي تجاه رب العمل). كما تقضي المادة 565 مدني جزائري بما يلي " (يكون للمقاولين الفرعيين و العمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ، =

هذه هي الدوافع و الاعتبارات العملية ، و كذا الأسانيد القانونية ، التي حدت بالمشرع الفرنسي ، و من ورائه الجزائري ، إلى استبعاد المقاول من الباطن من النطاق الشخصي المدين بأحكام الضمان العشري، في حين ضمن هذا النطاق أشخاصا يعتبرون – في حقيقة الأمر – أبعد بكثير من المقاولة من الباطن، بالنسبة لأعمال التشييد و البناء ، و ذووا صفة ثانوية في هذا الميدان (1).

غير أن هذه الحجة التي سيقت لم تكن في محلها ،سواء القانونية منه أو المادية ، و بيان ذلك :

أولا: مناقشة الحجج و الاعتبارات القانونية: و التي يمكن تلخيصها في حجتين اثنتين:

النسبة للحجة الأولى: و هي تخلص في عدم وجود رابطة عقدية، لعدم وجود عقد مقاولة، بين كل من رب العمل و المقاول من الباطن، تسمح بالقول بإخضاع هذا الأخير لأحكام الضمان العشري.

أ- أن الطبيعة العقدية لهذا الضمان – و التي تستند إليها هذه الحجة – محل جدل فقهي و قضائي كبير ، فهناك من يقول بأنها من طبيعة عقدية و هناك من يقيمها على أساس تقصيري ، بينما يؤسسها فريق ثالث ، على أساس مزدوج من العقد و القانون ، في حين أن فريقا رابعا يجعل منها مسؤولية استثنائية منشؤها القانون ، و هو مصدرها المباشر(2).

و على ذلك فالرابطة العقدية التي أقيمت عليها هذه الحجة ، ليست بمحل اعتبار عند من يقول بالأساس التقصيري ، أو القانوني المحض لهذه المسؤولية .

ب- خروج المشرع بنفسه عن هذه الحجة، أي ضرورة تطلب عقد مقاولة،

= و يكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق تجاه كل من المقاول الأصلي و رب العمل .

و لهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم على ما تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الفرعي وقت توقيع الحجز ، و يكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه ، و يجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة).

01- عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 438.

02- أنظر في تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري:محمد شكري سرور: المرجع السابق، ص 272 إلى 283.

يربط بين رب العمل و المقاول من الباطن،و ذلك عندما قرر ترتيب أحكام الضمان العشري على أشخاص لا يربطهم عقد مقاولة مع رب العمل،كما هو الشأن بالنسبة لبائع العقار تحت التشييد(م1636-1 مدني)(1)،و حالة بيع عقار تام الإنجاز(م 1792-2/1)(2)،و كذلك في حالة عقد الوكالة(1792-3/1)(3)،و أيضا حالة عقد التنمية العقارية (1831-1 مدني)(4)،وأخيرا عقد معماري المساكن الخاصة و الفيلات(م45-1من القانون رقم579لسنة71المعدل بالقانون رقم639 لسنة 72) (5).

ج- بل إن المشرع الفرنسي ، أيضا ، لم يتطلب أحيانا أية رابطة عقدية بين رب العمل و من يخضع لأحكام هذا الضمان ، مثال ذلك نص المادة 1792-4 مدني ، و التي بموجبها أصبح الصانع لعمل أو جزء من عمل أو لعنصر تجهيزي فيه و كذلك المستورد و الموزع لكل هذا ، أو حتى لبعض منه ،يخضعون - تضامنيا و ضمن شروط خاصة - لأحكام الضمان العشري (6).

و هكذا يسلب المشرع الفرنسي بنفسه من هذه الحجة قيمتها، و يهدر أهميتها، بكثرة ما استثناه منها، و أخرجه من عموم حكمها بنصوص خاصة.

فإذا كان المشرع الفرنسي في تدخله الأخير، بالقانون رقم12لسنة 1978 ، قد أخضع كل هؤلاء لأحكام الضمان العشري،فقد كان من الأجدر أيضا،أن يخضع له - و بنص خاص أيضا- المقاول من الباطن،لما يحققه ذلك من نفع للصالحين العام و الخاص .

<u>بالنسبة للحجة الثانية</u>:و التي مؤداها أن في إخضاع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري مخالفة للقانون رقم334لسنة1975 الذي صدر بقصد فرض حماية قانونية لهذا الشخص،و جعل المقاول الأصلي مسؤولا عن أعماله قبل رب العمل.

01-أنظر فيما بعد ، ص:179 و ما بعدها .

02-أنظر فيما بعد ، ص184 : 187 .

03-أنظر فيما بعد ، ص 187 :197.

04-أنظر فيما بعد ، من ص 201 : 213 .

05-أنظرفيما بعد ، ص 203: 206 .

06-أنظر فيما بعد ، ص 197 : 200.

فلا نجد أن هناك تعارضا في ذلك ، ذلك أن هذا القانون و إن كان قد قرر حماية المقاول من الباطن،ضد عدم دفع المقاول الأصلي أجر المقاولة من الباطن ، لأي سبب من الأسباب، إلا أنه لم يقرر صراحة عدم خضوعه لأحكام الضمان العشري .

ثانيا: مناقشة الحجج و الاعتبارات المادية و العملية: و يتعلق الأمر بحجتين اثنتين أيضا :

بالنسبة للحجة الأولى: التي تتلخص في أن المشرع إنما أراد بتقرير الضمان العشري حماية رب العمل، ذلك الرجل الغريب عن مجال التشييد و البناء، من تلاعب رجال الفن، و عدم صدقهم و إخلاصهم، و هم المختصين في مجال التشييد و البناء (1).

غير أن التساؤل الذي يطرح هنا، هو هل أراد المشرع حماية رب العمل فقط، دون الصالح العام في المجتمع، و بعبارة أخرى، هل أهدر المشرع المصلحة العامة – و هي المقدمة دائما على المصلحة الخاصة – في سبيل حماية المصلحة الخاصة ؟ ، و إذا كان الأمر كذلك، فلم جعل المشرع أحكام الضمان العشري بالنظام العام، و جعل البطلان جزاء كل شرط، يلغيه، أو يحد من نطاق سريانه ؟ .

ما من شك، في أن المشرع أراد فعلا حماية رب العمل، بتقريره أحكام الضمان العشري، و لكن ذلك لا يعني أنه أهدر المصلحة العامة و أهملها، بل هو في الحقيقة استهدف المصلحتين معا، بدليل أنه جعل أحكام الضمان العشري من النظام العام، و قيد حرية الأفراد في تعطيل أحكامها أو الحد منها (2).

بالنسبة للحجة الثانية: و هي تستند إلى فكرة، الضعف الفني و المالي للمقاولين من الباطن أو شركات المقاولة من الباطن، لذلك وجب حمايتهم من المشرع، حتى لا ينهار هذا النوع من النشاط، بإخضاعه لأحكام الضمان العشري.

01- أنظر في ذلك : شنب : المرجع السابق ، ص 105 – عنبر : المرجع السابق ، ص 196 – محمد ناجي ياقوت : المرجع السابق ، ص 40 – شكري سرور : المرجع السابق ، ص 193 . و من الفقه الفرنسي :
Malinvaud (PH) et Jestaz (PH) : Art précité, n 48 ; Saint – Mourice (B) : Op. Cit , p 67; Boubli : Op . Cit, p 302

02- أنظر في ذلك المادة 556 مدني جزائري و 1792-5 مدني فرنسي.

غير أن إجراء معاينة ميدانية لواقع الشركات المتخصصة في مجال البناء و التشييد ، يجعلنا نقف على الحقيقة التالية : أن الأساس في التقاول من الباطن ، ليس الفقر أو الغنى المالي أو القوة و الضعف الفني ، و إنما في نـوع التخـصص ن و مدى قدرة المقاول المتعاقد مع رب العمل (المقاول الأصلي) على القيام به ، أو أن يعهد به إلى شركة متخصصة ، تكون أكثر منه في القدرة الفنية ، و أكفا منـه فـي الطاقة التمويلية . فالغالب أن المقاول الأصلي ، إنما يعهد إلى المقاول من الباطن ، بالأجزاء من العمل ، التي لا طاقة له بها فنيـا و ماديـا ، كأعمـال الحفـر ودق الأساسات و التركيبات الفنية الكبرى ، التي لا يمكن أن يقوم بها إلا شركات علـى مستوى عال من الكفاءة الفنية و المالية (1) . يضاف إلى ذلك أن التهاون و عـدم إتقان الأعمال التي يعهد بها إلى المقاولين من الباطن، هي غالبـا مـا تكـون وراء الانهيارات و الكوارث التي تحدث في الأبنية و المنشآت الثابتة الأخرى.

و الواقع العملي يؤكد دائما أن الأعمال التي ينفذها المقاولون من البـاطن ، أكثر أهمية بكثير من تلك التي ينفذها المقاولون الأصليون ، و مثال ذلك في الواقـع العملي الفرنسي مركز " Georges pompidou "، من قام بتنفيذ أعمال التركيبات المعدنية و أعمال التكييف المركزي فيه ، هما شركتان تقاولتا على تنفيذ كل هـذه الأعمال من الباطن، علما و أن ما قامتا به أكثر أهمية – كما و كيفا – بكثير جدا، مما قام به المقاول الأصلي في العملية (2).

و بناء على ما سبق، فإن هذا الاعتبار المادي الذي سيق تكذبـه معطيـات الواقع على الساحة الفرنسية، و أكيد أيضا حاليـا و مـستقبلا معطيـات الـسوق الجزائرية. و يبدو أن أعضاء الجمعية العمومية في فرنسا قد وقعوا في شيء مـن الخلط بين الأعمال الثانوية في البناء، و التقاول من الباطن، و ربطوا على خـلاف الواقع، بين هذه و تلك (3).

01- أنظر: عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 444.

02-انظر فـي ذلـك : L.Brideau : Le rôle de l'expert dans le cadre de la responsabilité des constructeurs, A.J.P.I. Sept.1979.

03- Pigot : Op.Cit, p 43.

و أخيرا ،و بعد مناقشة الحجج القانونية و المادية التي سيقت من أجل إقصاء المقاول من الباطن من قائمة الأشـخاص المـسؤولين بموجـب أحكـام الـضمان العشـري ، و التي انتهينا إلى أنها لا تستند إلى صـحيح القـانون ، و لا تؤيـدها المعطيات العملية ، فإننا نرى إخضاع المقاول من البـاطن إلـى أحكـام الـضمان العشري ، متضامنا مع المقاول الأصلي . مثله في ذلك مثل الصانع الذي أخـضعه المشرع الفرنسي لأحكام هذا الضمان بمقتضى المادة 1792-4 المستحدثة بالقانون رقم 12 لسنة 1978، كما سيأتي بيانه فيما بعد (1). و لا بد لتحقيق ذلك من تـدخل الإرادة التشريعية بنص صريح ليتقرر هذا الإخضاع بنص صريح. تماما كما تقرر هذا الضمان بنص صريح أيضا هو نص المادة 554 مدني جزائري، و دواعي هذا الاقتراح كثيرة، نوجزها فيما يلي:

01- تأكيد تحقق حماية رب العمل ، التي كانت هدف المـشرع الحقيقـي و الأصيل من تقرير هذا الضمان ، و ذلك بإيجاد مسؤول آخر - ليس احتياطيا و إنما أساسيا أيضا - إلى جانب المسؤول الأول و هو المقاول الأصلي ، فتتأكـد بـذلك الحماية و تتحقق المصلحة بصورة أسهل و أيسر (2).

02- تأكيد المصلحة العامة و حماية الصالح العام ، خصوصا إذا علمنا أن معظـم أعمال التشييد و البناء ، بل و القطاعات الهامة و الحساسة فيها ، تتم عـن طريـق التقاول من الباطن (3) ، و ذلك حثا لهذا النوع من النشاط ، علـى بـذل أقـصى طاقاته، و إعطاء كل ما عنده من قدرات فنية ، و خبرات متمرسـة ، فـي مجـال التشييد و البناء ، حتى ينجز العمل على أحسن وجه و في أتم صـورة ، و بـذلك تحفظ على المجتمع أمنه و سلامته ، و نصون له اقتصاده . و نحافظ له على جزء هام من رأسماله العقاري محميا و مصونا، لا يهدده الدمار و لا تقوضه عيـوب

01- انظر فيما بعد ، ص 187 و ما بعدها.

02- د. عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 446.

03- Néger (A) : De la garantie décennal imposée par la loi aux architectes et entrepreneurs, .Thèse Montpellier 1936.

أشار إليه : د . عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 446.

الصنعة، و لا شوائب المادة (1).

03- محاصرة محاولات الغش في العمل،و الغش في المواد المستعملة في البنـــاء، بهدف تحقيق أكبر قدر ممكن من الكسب الغير مشروع،خصوصا إذا علم المقـــاول من الباطن أن مسؤوليته تنتهي بمجرد تسلم الأعمال،التي عهد بها إليه،مقبولـــة مـــن المقاول الأصلي،و أن هذا الأخير هو الذي سيكون مسؤولا عنها أمام رب العمل . و حتى لو أراد الرجوع عليه، فلن يستطيع إلا طبقا للقواعد العامة،ما لم يوجد في عقد المقاول من الباطن شرط يقضي بغير ذلك(2)،و هو ما فيه إرهاق للمقاول الأصلي.

04- و في نطاق القانون الفرنسي ، و بعد أن أصبح الصانع مسؤولا بالتضامن مع المقاول الذي قام بالتركيب – بشروط خاصة سيأتي بيانها فـــي حينـــه (3) – عـــن الالتزامات التي تضعها على عاتق هذا الأخير المواد 1792،1792-2 ،1792-3 و ذلك بمقتضى المادة 1792-4 ، فإن القول بعدم خضوع المقـــاول مـــن البـــاطن لأحكام الضمان العشري، سوف يفتح الباب واسعا أمـــام الـــصانع للإفـــلات مـــن المسؤولية التضامنية التي فرضها القانون ، و ذلك بالعمل على أن يقوم بتركيب مـــا يورده الصانع ، مقاول من الباطن– و ليس المقاول الأصلي– لا يخـــضع لأحكـــام مسؤولية المشيدين ، فيفلت تبعا لذلك من أحكامها الصانع أيضا (4).

و نشير في هذا الصدد إلى أن هناك اتجاها في الفقه ملحوظا في الفقـــه الفرنـــسي ، يرى إخضاع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري، متضامنا في ذلـــك مـــع المقاول الأصلي، في مواجهة رب العمل ، تماما كما فعل المشرع بالنسبة للصانع و من في حكمه (5).

01- فتحي غيث: المرجع السابق، ص 54.

02- Planiol et Ripert rouast : Op .Cit, p 197.

03- أنظر، فيما بعد، ص 178 .

04- Malinvaud et Jestaz : Art précité , n 60 ; Pigot : Op. Cit , p 43.

05- Malinvaud et Jestaz : Art précité, n 61 ; Pigot : Op. Cit , p 42-43 ; Taffo (R) : Les rapports entre le sous traitant , le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal dans l'ordre interne français et dans les relations internationales .Thèse Paris , 1981 , p 210-220.

المطلب الثاني: التطور التشريعي للنطاق الشخصي المدين بأحكام الضمان العشري

بتفحص المراحل التي مر بها التطور التشريعي الجزائري على مستوى النطاق الشخصي المدين بأحكام الضمان العشري، لا نجد إلا ما جاء به القانون رقم: 07/95 المتعلق بالتأمينات، عندما أضافت المادة 178 منه المراقب الفني إلى قائمة الأشخاص المذكورين بموجب أحكام المادة 554 مدني جزائري.

يضاف إلى ذلك المرسوم التشريعي 03/93 عندما حمل المتعامل في إطار الترقية العقارية أيضا بأحكام الضمان العشري، و لكن ضمن شروط خاصة.

أما على المستوى الفرنسي ، فقد حدث التطور التشريعي مرتين متتاليتين ، حيث تم الأول بالقانون رقم 3 لسنة 1967 ، ثم في 04 جانفي 1978 حدث تدخل للمرة الثانية ، بمقتضى القانون رقم 12 لسنة 1978 .

و في كل مرة كان المشرع الفرنسي يستجيب لتطور المجتمع، و متطلبات ميدان البناء و التشييد، فيوسع في النطاق الشخصي لقواعد الضمان العشري. ليصل إلى صياغة المادة 1792 -1 بموجب القانون 78—12 في 1978/01/04 كالتالي:

(يعتبر معماريا يقوم بتشييد بناء:

1- كل مهندس معماري أو مقاول أو فني، أو غيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة.

2- كل شخص يبيع بعد تمام التشييد، عقارا كان قد شيده بنفسه أو بواسطة آخرين.

3- كل شخص باعتباره وكيلا عن مالك العقار، يقوم بمهمة مماثلة لما يقوم به مؤجر العمل (المقاول)) (1).

01- Art.1792 -1 (L.78-12, 4 Jan.1978) : (Est réputé constructeur de l'ouvrage :

01- tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage.

02- Toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire.=

كذلك قضي في المادة 1792-4 بأن (الصانع لعمل ، أو لجزء من عمـــل ، أو لعنصر تجهيزي له ، صمم و أنتج كي يفي بأغراض خاصة به مقررة و محددة سلفا ، يكون مسؤولا بالتضامن ، مع مؤجر العمل ،أو المقاول الذي قام بتركيب هذه الأشياء في البناء ، عن الالتزامـــات التـــي تـــضعها المـــواد 1792 ، 2/1792 ، 3/1792 على عاتق هذا الأخير ، متى كان استعماله لها قـــد تـــم دون تعـــديل ، و بالمطابقة للقواعد و التعليمات الموضوعة بمعرفة هذا الصانع .

و يكون في حكم الصانع بالنسبة لتطبيق هذه المادة :

ذلك الذي يستورد عملا ، أو جزءا من عمل ، أو عنصرا تجهيزيا لـــه تـــم صنعه بالخارج .

أو ذلك الذي يقدم ذلك المصنوع على أنه من صنعه، و ذلك بوضع اسمه أو ماركته أو أي علامة مميزة له عليه)(1).

فبالإضافة المهندس المعماري و مقاول البناء ، أخضع المشرع الفرنسي الأشخاص الذين يتولون المشاركة بدور ما في عملية البناء و التشييد، و ذلك بقطع النظر عـــن لقبهم، أو مركزهم المهني، أو مؤهلهم، أو صفتهم، ما داموا يمارسون دورهم هـــذا بمقتضى عقد المقاولة مع رب العمل ، لأحكام الضمان العـــشري بموجـــب المـــادة 1792 من القانون رقم 03 لسنة 1967منه .

=03- Toute personne qui, Bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage.)

02- Art 1792/4-1 : (Est réputé constructeur de l'ouvrage , le fabricant d'un ouvrage , d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire en état de service , à des exigences précises et déterminées à l'avance , est solidairement responsable des obligations mise par les articles 1792 , 1792-2 , 1792-3 à la charge du locateur d'ouvrage qui a mis en œuvre , sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant d'ouvrage , ou l'élément d'équipement considéré

Son assimilé à des fabricants pour l'application du présent article :

- Celui qui a importé un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement fabriqué à l'étranger.
- Celui qui la présenté comme son œuvre en faisant figurer sur lui son non, sa marque de fabrique ou tout autre signe distinctif.)

غير أن التعديل التشريعي الذي جاء به قانون 1978/01/04 أضاف بموجب المادة 1792-1 منه، المراقبين الفنيين، إلى طائفة الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولة.

كما حرص المشرع الفرنسي أيضا على أن يمد نطاق تطبيق أحكام الضمان ، ليشمل طائفة أخرى من الأشخاص اعتبرهم في حكم المشيدين ، وذلك بقطع النظر عن مسألة ارتباطهم بعقد مقاولة مع رب العمل ، بحيث أن دائرة الأشخاص المسؤولين بموجب أحكام الضمان العشري أصبحت تتسع في القانون الفرنسي الحالي لتضم فضلا عن البائع (1) كلا من الوكيل (2)، و الصانع (3)، و المستورد (4)، و الموزع (5)، و ممول العقار (6).

و سوف نحاول من خلال هذا المطلب التعرض لكل هؤلاء الأشخاص الذين أدخلهم المشرع الفرنسي في دائرة الخاضعين لأحكام الضمان العشري ، مع بيان ما جاء به المشرع الجزائري في كل حالة من هذه الحالات ، و مدى حاجتنا إلى التعديل فيما لم يأت به مقارنة بنظيره الفرنسي ، كل ذلك من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول: كل من ارتبط مع رب العمل بعقد مقاولة (إجارة عمل): تماشيا مع نزعته التوسعية في هذا المجال، أخضع المشرع الفرنسي كل شخص يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة إلى أحكام الضمان العشري إضافة إلى المسؤولين التقليديين و هما المهندس المعماري و المقاول.

و على ذلك، صار خاضعا لأحكام هذا الضمان ، كل شخص ارتبط مع رب

01- المادة 1646 مدني بعد تعديلها بالقانون رقم 64-3 لسنة 1967، و كذلك المادة 1792-1، في فقرتها الثانية، التي أضيفت لأول مرة بالقانون رقم 78-12 لسنة 1978.

02- المادة 1792-1 مدني في فقرتها الثانية، التي أضيفت لأول مرة بالقانون رقم 78- 12 لسنة 1978.

03- المادة 1792-4 في فقرتها الأولى ، التي أضيفت لأول مرة بالقانون رقم 78-12 لسنة 1978.

04- المادة 1792-4 في فقرتها الثانية ، المضافة بالقانون الجديد .

05- المادة 1792-4 في فقرتها الثالثة المضافة بالقانون الجديد .

06- المادة 1841-1 مدني فرنسي المعدلة بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 78-12 لسنة 1978.

انظر في ذلك أيضا: J.M. Lucheux: Les garanties de l'acquèreure dans les ventes d'immeubles à construire , Thèse Paris.1968 ,p 135.

العمل بعقد مقاولة، بغض النظر عن الاتصاف بصفة معينة، أو حمل لقب معـــين، فالعبرة بمباشرة العمل، مع وجود عقد مقاولة صحيح يربط من باشر العمل مع رب العمل، الذي يتم العمل لحسابه فعلا (1).

و يمكن أن يندرج تحت هذا المفهوم على سبيل المثال: مكاتــب الدراســات الفنيــة B.E.T ، و المهندسون الاستشاريون،و المهندسون غير المعماريين ، و الحدادون و النجارون ، و مقاولوا الأعمال الصحية ، إلى غير ذلك من الفنيين الذين يتدخلون في أعمال البناء و التشييد ، من دراسة التربة التي سيقام عليها البنــاء ، إلـــى وضـــع الرسومات و الخرائط ، و عمل المقايسات ، فالقيام بالتنفيذ ...الخ ، مـــن الأعمـــال التي يقتضيها إقامة البناء (2).

و على مستوى التشريع الجزائري ، فقد كانت المادة 41 من القانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية تقضي بما يلي : (يتحمل المكتتب بإحدى عمليات الترقيـــة العقارية طوال عشر سنوات ابتداء من تاريخ تسليم شهادة المطابقة العيوب الخفيـــة التي يتحملها أيضا المهندسون المعماريون و المقاولون أو الأشخاص الآخرون الذين يربطهم بصاحب الأشغال عقد إيجار العمل ، و ذلك عملا بـــالمواد 2/140 و 554 من القانون المدني). و قد ألغي هذا القانون بموجب المرسوم التـــشريعي رقـــــم: 93-03، و بذلك لم يعد معيار مباشرة العمل و الارتباط بعقد مقاولة مع رب العمل كافيا للإخضاع إلى أحكام الضمان العشري.

غير أنه تجدر الإشارة هنا إلى أن القضاء الفرنسي طبق هذا المعيار حتى قبـــل ان يأتي به المشرع نفسه ، لذلك يتعين على القضاء الجزائري في حالة التطرق لمثـــل هذه الإشكاليات أن يوسع في تفسير مفهوم المهندس المعماري و المقاول بما يـــشمل كل من ساهم في عملية البناء و التشييد و ارتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ، خاصة أن ميدان التشييد على المستوى الوطني يعرف تداخلا و خلطا في الاختصـــاص.

01- Karila : Op.Cit, P 48.

02- Liet – Veaux : Les responsabilité décennal et biennale des constructeurs (Régime de la loi du 3 Jan 1967) G.P.1969, 1, p .14 et s.

كما يتعين على المشرع الجزائري أن يحذو حذو نظيره الفرنسي في هذا التعديل.

الفرع الثاني : المراقبون الفنيون : Les contrôleurs technique

لقد ألحق القانون رقم 12 لسنة 1978 – بالمادة التاسعة منه –(1) بهذه المجموعة ، أشخاصا آخرين يمكن أن يرتبطوا مع رب العمل بعقد مقاولة ، و هم : المراقبون الفنيون ، كما أدخل المشرع الجزائري المراقب الفني ضمن طائفة الأشخاص المدينين بأحكام الضمان العشري بموجب المادة 178 من قانون التأمين رقم : 07/95 ، و هو ما يدعونا إلى تناول هذه الفئة في كل من التشريعين الفرنسي و الجزائري .

أولا : في التشريع الفرنسي : المراقب الفني، هو شخص طبيعي أو معنوي، يتمتع بدرجة عالية من الكفاءة الفنية، يتولى – بمقتضى عقد مقاولة مبرم مع رب العمل – فحص المسائل ذات الطابع الفني، في عملية التشييد التي يرى رب العمل تكليفه بفحصها (2).

01- مهنة الرقابة الفنية : و مهنة الرقابة الفنية في مجال التشييد حديثة نسبيا، إذ يرجع تاريخها في فرنسا إلى عام 1929 ، على إثر بعض الانهيارات المروعة ، التي حدثت آنذاك في بعض المباني ، و كان ظهورها بادئ الأمر على هيئة منظمات فنية ، مهمتها إعطاء المؤمنين القدر الذي يلزمهم من المعلومات الفنية عن البناء ،المراد تغطيته تأمينيا (3).

و لذلك كان تدخل هذه المكاتب ، دائما بناء على طلب من المؤمن ، الذي كان يلتزم بدفع الأجر لها مقابل ذلك (4) ، و هكذا نشأت هذه المهنة و ترعرعت في أحضان التأمين، و كان ما يبرم من عقود بشأنها، إنما تتم بين المؤمن من جهة، و مكتب

01- أنظر ، نص المادة المذكورة ، فيما بعد ، ص 172 .

02- عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 470.

03- عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 471.

04- Liet –Veaux : Op.Cit, p 306.

الرقابة الفنية من جهة أخرى (1). و لم تكن مهنة الرقابة الفنية – حتـــى صـــدور قانون 1978/01/04 – تخضع لتنظيم تشريعي أو لائحي خاص بها، بل كان كل ما يحكمها هي القواعد العامة،فيما يتعلق بالمواد التعاقدية، كما تخضع مسؤولية مكتـــب الرقابة للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، أو التقصيرية،على حسب الأحوال (2).

أما عن وضع مكاتب الرقابة بالنسبة لأحكام و قواعد الـــضمان العـــشري ، محل الدراسة ، فقد كانت هذه المكاتب تتهرب من أحكام هذا الضمان ، بحجة عملها لحساب المؤمنين ، و ليس لحساب رب العمل ، الـــذي تقـــرر الـــضمان العـــشري لمصلحته ، كما أنها لا تربطها به أي علاقة تعاقدية من قريب أو من بعيد (3) ، بل و حتى بعد أن أصبحت تتعاقد مع المشيدين ، كالمقاول و المهندس المعمـــاري ، أو حتى مع رب العمل نفسه ، لرقابة بعض الأعمال التي يسند أي منهم رقابتها إليهـــا من الناحية الفنية ، كانت تضمن العقد المبرم بينها و بينه شرطا صـــريحا ، بعـــدم خضوعها لقواعد الضمان العشري ، و أن تدخلها يتم لحساب المؤمن حتـــى و لـــو تحمل رب العمل أو غيره بالأتعاب ، حتى تفلت من دائرة أحكام الضمان العشري ، متذرعة بأنها لا تتدخل في أعمال التشييد بصفة فعلية ، و إنما هي تفحص فنيا ، ما يسند إليها فحصه ، و تعطي رب العمل أو المؤمن رأيها فيه (4).

و إزاء هذا الوضع المنتقد، فقد تقدمت اللجنة الوزارية المـــشكلة برئاســـة Spinita بتقريرها – المشار إليه سابقا – ببعض التوصـــيات المتعلقـــة بموضـــوع الرقابـــة الفنية(5)، وضعها المشرع الفرنسي كاملة موضع التنفيذ، و ذلك في البـــاب الثـــاني من القانون رقم 12 لسنة 1978، و المرسوم التطبيقي له رقم 1146 لـــسنة1978، الصادر في 7 ديسمبر 1978.

01- Delmas (PH) : "Le contrôle téchnique" (Analyse de la loi du 04/01/1978 et des textes d'application), R.T.D.I.1979, p.129.

02- أنظر، المرجع و المقال المشار إليهما في الهامشين السابقين.

03- Boubli : Op.Cit, p 180.

04- Pigot : La réforme de l'assurance construction, éd L'arhus , Paris , 1980 , p 122

05- أنظر ص 41 : 46 من التقرير المشار إليه .

و لقد بين القانون رقم 12 لسنة 1978 المشار إليه ، في المادة 8 منه الهدف من الرقابة الفنية، و من له سلطة طلب تدخلها، و مجال عملها، كما نظم في المادة 09 منه مسؤولية المراقب الفني ، و في المادة 10 منه بين مدى التناقض الطبيعي بين مهنة الرقابة الفنية ، و باقي المهن الممارسة في مجال التشييد ، سواء في مجال التصميم ، أو التنفيذ ، أو الخبرة ، كما نظم المهنة من الناحية الإدارية ، و ضرورة تدخل السلطة العامة في اعتماد ممارسة نشاطها ، و أخيرا بين في المادة 11 منه متى تكون الرقابة الفنية إجبارية ، بحيث يلتزم رب العمل في هذه الحالة بتكليف مراقب فني يتولى أمر الرقابة الفنية على البناء ، و إلا تعرض للعقوبة الجزائية المنصوص عنها في المادة 111-42 من قانون البناء و الإسكان .

02- حدود خضوع المراقب الفني لأحكام الضمان العشري

تقضي المادة التاسعة من القانون 12 لسنة 1978 المشار إليه بأن : (يخضع المراقب الفني ، في حدود المهمة المعهود بها إليه من قبل رب العمل ، لقرينة المسؤولية المنصوص عنها بالمواد 1792 ، 1/1792 ، 2/1792 من التقنين المدني، و التي تنقضي بالتقادم طبقا للشروط المقررة في المادة 2270 من ذات التقنين)(1)(2).

و بهذا النص يكون المشرع الفرنسي قد مد النطاق الشخصي ، لأحكام هذا الضمان ، ليشمل المراقبين الفنيين الذين كانوا – بما يضمنونه عقودهم من شروط بعدم مسؤوليتهم – بمنأى عن هذا الضمان ، كما سبق أن بينا ، و المشرع هنا لم

01- Art .9 (Loi 78-12, 4 Janv .1978) :" Le contrôleur technique est soumis, dans les limites de la mission à lui confiée par le maître de l'ouvrage, à la présomption de responsabilité édictée par les articles 1792-1, et 1792-2 du code civil qui se prescrit dans les conditions prévues à l'article 2270".

02-و أول ما يلاحظ على هذا النص ، ذكره للمادة 1/1792 ضمن المواد التي نص فيها على قرينة المسؤولية التي يخضع لها المعماريون ، و ذلك على خلاف الواقع ، إذ أن هذه المادة لم تتضمن أي ذكر لقرينة المسؤولية هذه ، بل تولت بالبيان – في فقراتها الثلاث- من يعتبر معماريا ، فيخضع لأحكام الضمان العشري . و لذا فإن الفقه الفرنسي يفسر هذا الذكر من قبيل الخطأ المادي. أنظر في ذلك :

Delmas (PH) : Art précité, p 140.

يتطلب شروط خاصة بهم لإخضاعهم لهذا الضمان، سوى ضرورة ارتباطهم بعقد مقاولة مع رب العمل كما سبق و أن أشرنا، و أن يكون الضرر الذي لحق رب العمل، مصدره العنصر، أو الجزء الذي أوكل إلى المراقب الفني فحصه و مراجعته فنيا (1).

و على ذلك ، إذا أثبت رب العمل أن ضررا قد لحقه ، و أن هذا الضرر يرجع في أساسه إلى عدم قيام المراقب الفني – كلية أو قيامه على وجه معيب– بمهمته التي كلف بها بمقتضى عقد المراقبة ، أي عقد المقاولة المبرم بينه و بين رب العمل ، يكون هذا الأخير قد ألقى بكرة الإثبات في ملعب المراقب الفني (2) ، الذي لا يستطيع أن يفلت من قرينة المسؤولية التي حاقت به إلا بإثبات أحد الأمرين:

الأول : أن الجزء أو العنصر الذي هو أساس الضرر الذي لحق برب العمل، يخرج عن نطاق المهمة التي كلفه بها رب العمل ، بمقتضى عقد المراقبة ، و هو ما قضت به صراحة المادة التاسعة من القانون رقم 12 لسنة 1978 ، سالف الذكر بقولها : (يخضع المراقب الفني ، في حدود المهمة المعهود بها من قبل رب العمل ، لقرينة المسؤولية ..)

الثاني : أما إذا لم يستطع المراقب الفني نفي توافر هذا الشرط ، فليس أمامه للتخلص من المسؤولية إلا إثبات السبب الأجنبي (3).

فإذا لم يستطع المراقب الفني الاستفادة من السبب الخاص به، و هو خروج سبب الضرر عن حدود مهمته، و لا من السبب العام، و هو السبب الأجنبي، و توافرت باقي شروط تحقق الضمان العشري على النحو السالف بيانه ، انعقدت مسؤوليته العشرية في مواجهة رب العمل .

ثانيا : في التشريع الجزائري : في الجزائر ، نظمت الرقابة الفنية في مجال البناء لأول مرة بمقتضى الأمر رقم 71–85 المؤرخ في

01- Pigot : Op.Cit, p 131.

02- Pigot : Op.Cit, p 131 ; Malinvaud (ph) et Jestaz (ph) : Op.Cit, p 182.

03- و ذلك في احد حالاته الثلاث، بدءا بالقوة القاهرة، و مرورا بخطأ الغير، و انتهاء بخطأ المضرور نفسه مع ضرورة توافر شروطه من عدم توقعه، و استحالة دفعه.

1971/12/29(1)، و المتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء، و تحديد قانونها الأساسي، ثم بموجب المرسوم التنظيمي رقم 86-205 المؤرخ في 19 أغسطس 1986، و المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء (2)(3).

و يثار التساؤل حول ما إذا كانت هذه الهيئة المخولة الوحيد بدور المراقب الفني على مستوى التشريع الجزائري، و عن مدى خضوعها لأحكام الضمان العشري، كل ذلك يجرنا إلى بحث النقاط التالية:

01- المخولون بممارسة الرقابة الفنية في ميدان البناء و التشييد :تعتبر هيئة الرقابة التقنية للبناء المخولة أساسا بممارسة الرقابة الفنية في مجال البنايات ،و قد منعها المشرع من الجمع بين مهامها و كل نشاط يتعلق بالتصميم و تنفيذ الأعمال ، و الغاية من ذلك هي ضمان حسن تنفيذ الأعمال (4)، و هو مظهر من مظاهر الحماية التشريعية لرب العمل.

و هيئة الرقابة التقنية للبناء تعد تاجرة في علاقاتها مع الغير (5) و بالتالي تخضع للقانون التجاري ، كما أنها تتمتع بالشخصية المدنية و الاستقلال المالي (6)، و تخول الهيئة قانونا إبرام أي عقد أو اتفاق في مجال عملها (7)، و تكون الخدمات التي تقدمها في هذه الحالة لإدارات الدولة، و الجماعات المحلية و الهيئات العمومية

01- أنظر في هذا الأمر، الجريدة الرسمية، العدد 04 لسنة 1972.

02- أنظر في هذا المرسوم، الجريدة الرسمية، العدد 34، لسنة 1986.

03- غيرت هيئة المراقبة التقنية للبناء في شكل خمس هيئات رقابة وطنية لرقابة البناء ، للوسط ، الشلف ، الشرق ، الغرب و الجنوب .

04- يتضح هذا الحضر بموجب أحكام المادة 6/3 من المرسوم رقم 86-205 آنف الذكر ، و التي تقضي بما يلي: (و لا تحل الهيئة – حسب أهدافها – في شيء محل صاحب المشروع و منجز الأعمال و المقاول لدى قيام كل منهم بواجباته).

05- و في هذا الصدد تقضي المادة 03/02 من المرسوم رقم : 86-205 بما يلي : (تعد الهيئة تاجرة في علاقاتها مع الغير و تخضع للتشريع الجاري به العمل و للقواعد المنصوص عليها في هذا المرسوم).

06- و في هذا الصدد تقضي المادة 11 من المرسم سالف الذكر بما يلي : (تتمتع الهيئة بالشخصية المدنية و الاستقلال المالي).

07- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 03 من نفس المرسوم.

و الأشخاص الخواص، بمقابل مالي (1).

و بالرجوع إلى المرسوم رقم 86-205 يستشف أن مهمة الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء تتمثل أساسا في :

- مراقبة كل أنواع البنايات للتأكد من ثبات بنائها ، و ديمومته و أسسه ، و صلاحية كل ما له تأثير في ثباته ، و هيكله و جدران محيطه و سقوفه ، بغية تقليل أخطار العيوب في هذا المجال و المساهمة في الوقاية من النقائص التقنية التي قد تطرأ أثناء الإنجاز (2)

- مراقبة جودة المواد المعدة للبناء في المصنع و الاعتماد التقني لمواد البناء و عناصره (3).

- تسليم شهادة المراقبة (4)للمقاولين و المهندسين و المراقبين التقنيين ،لتمكينهم من إبرام عقود التأمين ضد العواقب المالية المترتبة عن المسؤولية العشرية.

كما يتحدد مجال رقابة هذه الهيئة تقنيا ، بمختلف العمارات (5) أي البناءات فقط ، أما المنشآت الأخرى فتخرج عن مجال رقابتها .

و لعله قد يتبادر إلى الذهن ، التساؤل عن الهيئة المانحة لشهادة القبول المطلوبة من طرف شركات التأمين لإبرام عقود التامين على المسؤولية العشرية في هذه الحالة ، الإجابة عن ذلك جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 96-49 المؤرخ في 1996/01/17 و الذي حدد قائمة المنشآت العمومية المعفاة من إلزامية التأمين على المسؤولية المهنية و العشرية (6) كما يلي :الجسور ، الأنفاق ، السدود ، القنوات ، الطرق ، الطرق السريعة ، الحواجز المائية التلية ، المكاسر ، الموانئ و

01- أنظر في هذا الصدد أيضا المادة 05 من نفس المرسوم.

02- أنظر المادة 01/3 من المرسوم رقم : 86-205.

03- أنظر أيضا ، المادة 7/03 من نفس المرسوم .

04- و في هذا الصدد تقضي المادة 1/4 من المرسوم سابق الذكر بما يلي : (تخول الهيئة وحدها تسليم التأشيرات المطلوبة لدى مؤسسات التامين الوطنية في إطار القانون).

05- أنظر المادة 03 من المرسوم 86-205.

06- أنظر المادة 01 و 02 من المرسوم التنفيذي رقم : 96-46 المؤرخ في : 1996/01/17.

المرافئ و مباني الحماية، قنوات نقل المياه ، خطوط السكة الحديدية ، مدرجات هبوط الطائرات ، و بالتالي فإن المقاولين و المهندسين المعماريين و المراقبين التقنيين معفون من التامين على مسؤوليتهم العشرية بصدد إنجازهم للمنشآت الثابتة المذكورة آنفا .

و مما سبق ، يستخلص أن رب العمل بالنسبة للمنشآت الثابتة الأخرى إذا أراد أن يمارس رقابة فنية على ما ينجز أو أنجز من طرف المقاولين و المهندسين المعماريين ، فعليه أن يلجأ إلى مراقب فني غير هيئة الرقابة التقنية للبناء محل الدراسة . وهو ما يستخلص منه ضمنيا أن هناك هيئات أخرى يمكنها أن تمارس الرقابة الفنية في مجال البناء و التشييد، و غالبا ما تكون مكاتب هندسية أو تقنية .

كما أنه ليس هنالك ما يمنع رب العمل ، حتى بالنسبة للبناءات أن يلجا إلى مراقب فني غير هيئة الرقابة التقنية للبناء التي يشترطها التشريع بصفتها المانح الوحيد لشهادات القبول المطلوبة أمام شركات التامين ، و ذلك للتأكد من سلامة البنايات المنجزة .

02- مدى خضوع المراقبين الفنيين لأحكام الضمان العشري: إنتهينا فيما سبق ، إلى أن المخولون بالمراقبة الفنية في مجال البناء و التشييد ، هما : هيئة الرقابة التقنية للبناء ، و غيرها من المراقبين الآخرين ، و سنحاول ان نبين تباعا مدى خضوع كل طرف في ممارسته لمهام الرقابة ، لأحكام الضمان العشري .

أ- بالنسبة لهيئة الرقابة التقنية للبناء: بالنسبة لعلاقة هذه الهيئة مع المشتغلين في مجال التشييد و البناء، يمكننا طرح الاحتمالين التاليين:

- الاحتمال الأول: يتعلق بالعقود التي تبرمها هيئة الرقابة التقنية مع المقاولين و المهندسين المعماريين و المراقبين التقنيين للحصول على شهادة المطابقة المطلوبة من شركات التأمين، و التي تصنف - في رأينا الخاص - ضمن طائفة عقود المقاولة.و بما أن هيئة الرقابة التقنية للبناء من أشخاص القانون الخاص - كما سبق و أن بينا-، تخضع للقانون التجاري في علاقاتها مع الغير، و تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي.

و حيث أن المادة 178 من القانون رقم 07/95 المتعلق بالتامين ، ألزمت المراقبين التقنيين بالتأمين على مسؤوليتهم العشرية . نذهب إلى القول أنه، ليس هنالــك مـــا يمنع، من تطبيق أحكام الضمان العشري على هذه الهيئة ضمن هذا الاحتمال

الاحتمال الثاني:و يتعلق بحالة تعاقد هيئة الرقابة التقنية للبناء مع رب العمل لإجراء رقابة تقنية على البناءات المنجزة من طرف المقاولين و المهندسين ، خارج مجال منح تأشيرة القبول المشار إليها في الاحتمال الأول(1)،و الأمر يتعلق هنا بعقد مقاولة ، طرفاه رب العمل من جهة، و المراقب الفني في صورة هيئة الرقابة التقنية للبناء من جهة أخرى ، و بالتالي فشروط تطبيق أحكام الضمان العشري متــوفرة ، خاصة مع صراحة نص المادة 178 من قانون التأمين ، و هو ما يدعونا إلى القول بإخضاع هيئة الرقابة التقنية في هذه الحالة أيضا لأحكام الضمان العشري .

لكن تطرح الإشكالية في هذا الصدد حول إلزامية تأمين هيئة الرقابة التقنية للبنـــاء على مسؤوليتها العشرية من عدمه ، فبالرجوع إلى المادة 178 المذكورة آنفا، نجد أن هيئة الرقابة التقنية للبناء – كما سبق و أن أشرنا– هي المكلفة بمنح شهادة القبول المطلوبة أمام شركات التأمين فمن يمنحها هذه الـــشهادة فـــي حالـــة مـــا إذا قلنـــا بخضوعها لأحكام الضمان العشري ،باعتبارها المكلفة بهذه المهمة ؟

02–بالنسبة للمراقبين الفنيين الآخرين.:سبق و أن أشرنا إلى أن هيئة المراقبة التقنية للبناء ، يخرج من مجال مراقبتها المنشآت الثابتة الأخرى ، ففي مثل هـــذه الحالـــة يتعين على رب العمل إذا أراد ممارسة الرقابة الفنية على المنشآت الثابتة ، أن يلجأ إلى مراقبين فنيين غير هيئة الرقابة التقنية للبناء .

و تجدر الإشارة، إلى أن المشرع لم يتناول بالتنظيم مجال الرقابة الفنيـــــة مثلما فعل نظيره الفرنسي ، و في الواقع العملي نجد أنه يلجأ إلى مكاتب الدراســـات الهندسية المعتمدة وفقا للتشريع المعمول به ، للقيام بمثل هذه الرقابة ، كما هو الشأن في مجال الأشغال العامة، أين وقفنا بعد استفسارنا على مستوى مديريات الأشـــغال العامة ، على انه بعد الانتهاء من أشغال إنجاز المنشأ الثابت ، تقوم مديرية

01– و هي الصلاحية التي منحت لهذه الهيئة بموجب المادة 03 في فقرتها الأخيرة من المرسوم 86–205.

الأشغال العمومية بإبرام عقد مقاولة مع مكتب دراسة هندسي معتمد للقيام بفحص المنشأ و تقدير سلامته ، لكننا تفاجأنا ، بكون مسؤولية المراقب الفني في مثل هذه الحالات تنقضي طبقا للعقد المبرم إما بمرور ستة أشهر أو سنة واحدة على الأكثر من تاريخ تقديم تقريره الإيجابي عن حالة الأشغال ، أي أن المراقب الفني لا يخضع لأحكام الضمان العشري طبقا للعقود المبرمة هنا .

غير أنه من وجهة نظرنا القانونية ، فإننا نرى وجوب خضوع المراقب الفني في هذه الحالة لأحكام الضمان العشري طبقا لنص المادة 198 من قانون التامين ، كما انه و بما أن أحكام هذا الضمان من النظام العام ،فإن كل شرط يقضي بالإعفاء منها يعتبر باطلا ،و على ذلك فإن تضمين هذه العقود بند يقضي بتحديد المسؤولية لمدة معينة يعتبر باطلا .

و نرى أن نفس الحكم ينطلي على الحالة التي يلجأ فيها أي رب عمل إلى إبرام عقد مقاولة هذه المكاتب الهندسية للقيام بفحص أو مراقبة فنية للبناءات المنجزة.

و نشير هنا ، إلى أن المشرع الجزائري ، و إن كان يستشف من أحكام المادة 178 من قانون التأمين ،أنه أراد توسيع دائرة الأشخاص المسؤولين بموجب أحكام الضمان العشري ، إلا أن تعديله هذا جاء غير مدروس ، ذلك انه كان من الأجدر التعرض بالتعديل أولا لأحكام المادة 554 من القانون المدني ، ليقضي بتحميل المراقب الفني بأحكام الضمان العشري ، ثم يلزمه بعد ذلك بالتأمين على مسؤوليته في هذا الصدد .

كما يتعين على المشرع أن يكون أكثر وضوحا ، و ذلك بتنظيم مجال الرقابة الفنية للبناء ، مع تحديد مسؤولية هيئة المراقبة التقنية للبناء عند ممارستها مهام الرقابة الفنية بدقة .

الفرع الثالث: البائع: إذا قام مقاول المباني بالبناء لحسابه الخاص ، أي دون أن يرتبط مع أحد بعقد مقاولة ، ثم تصرف في هذا البناء بالبيع ، فهل يكون مسؤولا عن عيوب هذا البناء وفقا لأحكام الضمان العشري ، و ذلك باعتباره مشيدا أو معماريا ، أم وفقا لمسؤولية القواعد العامة ، و ذلك باعتباره بائعا ؟ ، و بعبارة

أخرى ، هل يسأل طبقا للضمان العشري الخاص بالمهندس المعماري و المقـــاول ، المنصوص عليه بالمادتين 1792 و 2270 مدني فرنسي ، أم طبقا لضمان العيوب الخفية للبائع حسب المادة 1646 و ما بعدها من التقنين المدني الفرنسي (1).

مرت الإجابة عن هذا التساؤل في القانون الفرنسي بثلاث مراحل نوجزهـــا فيما يلي:

المرحلة الأولى: هي مرحلة ما قبل أول جويلية 1967 ، أي منذ بدء العمـــل بالتقنين المدني الفرنسي لسنة 1804 و حتى نفاذ القانون رقم 67-03 بتـــاريخ 03 جانفي 1967 الذي عدل في صياغة المادة 646 من التقنين المدني الفرنسي ، و في خلال هذه الفترة كان القضاء الفرنسي يجري على الحكم بإخضاع مـــسؤولية بـــائع العقار ، في هذه الحالة التي نحن بصددها ، للقواعد العامة في عقد البيع ، و يرفض الرجوع عليه بمقتضى أحكام الضمان العشري الخاصـــة بالمهنـــدس المعمـــاري و المقاول الواردة في المادتين 1792 و 2270 مدني فرنسي ، و ذلك لتخلف شـــرط انطباق هذه القواعد ، و هو ضرورة وجود عقد مقاولة(2) .

المرحلة الثانية : و هي مرحلة ما بعد جويلية 1967 ، و قبل أول جانفي 1979، و ذلك أن القانون رقم 67-3 لسنة 1967 قد عدل في صياغة المادة 646 من التقنين المدني الفرنسي ، في شأن التزام البائع بضمان العيوب الخفية في الشيء المبيـــع ، على نحو يلزم بائع العقار المعد للبناء ، لمدة عشر سنوات تبدأ اعتبارا مـــن تقبـــل الأعمال ، بضمان العيوب الخفية التي يلزم بـــضمانها المهندســـون المعمـــاريون و المقاولون و غيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع رب العمل بعقد مقاولـــة بمقتضى المادتين 1792 ، 2270 من التقنين المدني الفرنسي (3).

01- راجع في أهمية التفرقة بين النظامين : السنهوري : المرجع السابق ، ص 23 ، هـــامش (3) - شـــنب : المرجع السابق ، ص 15 ، هامش (1) .

و لعل أهم الفروق هو أن أحكام الضمان العشري للمهندس و المقاول تتعلق بالنظام العام، و بالتـــالي لا يجـــوز الحد منها بالاتفاق.

02- انظر في هذا الصدد : عبد الرازق حسين ياسين : المرجع السابق ، ص 486.

03-و هي الأحكام المقررة في المادة 1641 و ما بعدها من القانون المدني الفرنسي.

و هي مرحلة تفرقة بين صورتين مختلفتين لبيع عقار : بيع العقار الكامل البنـــاء ، أي بعد إتمام انجازه فعلا ، و يخضع لمسؤولية القواعد العامة المقررة في عقد البيع (1)،و لا يخضع لمسؤولية القواعد الخاصة المقررة في عقد مقاولة المباني،و علـــى وجه التحديد لأحكام الضمان العشري الواردة في المادتين 1792،2270 من التقنين المدني الفرنسي(2).و بيع العقارغير كامل البناء أو المعد للبناء،أي الذي يكون محله عقارا مازال تحت التشييد ، و يخضع منذ نفاذ ذلك القانون في أول جويليـــة 1967 لأحكام الضمان العشري الخاصة بالمهندس المعماري و المقاول، المنصوص عليها في المادتين 1792 ، 2270 مدني فرنسي ، دون القواعد العامة في عقد البيع (3) . و لكن هذه التفرقة بين عقار تحت البناء و عقار تام البنـــاء التـــي أدخلهـــا قـــانون سنة1967، سرعان ما بدت كتفرقة غير عادلة، لأنها سمحت لكثير من الأشخاص المهنيين الذين يشتغلون بأعمال التشييد و البناء ، بالتهرب مـــن أحكـــام الـــضمان العشري الواردة في المادتين 1792 ، 2270 مدني فرنسي لمجرد عدم ارتبـــاطهم بعقود مقاولة مع عملائهم ، و إنما بعقود بيع لعقار كامل البنـــاء (4) ، و هـــو مـــا اضطر المشرع إلى إدخال تعديل جديد بموجب قانون 1978.

<u>المرحلة الثالثة</u>: انتهز المشرع الفرنسي فرصة إصدار القانون رقم 12 لسنة 1978 في شأن المسؤولية و التأمين في مجال التشييد و البناء ، لكي يسوي في الخضوع لأحكام الضمان العشري بين بائع العقار تحت التشييد و بائع العقار كامـــل

01- V.En ce sens : Cass. Civ .7/5/1971, Bult .1971-268, p 205 ; Cass .Civ .19/7/1977, Bult 1977-28, p .23.

02- أضاف القانون رقم : 67-3 بتاريخ 1967/01/3 فقرة جديدة إلى المـــادة 1646 مـــن التقنـــين المـــدني الفرنسي، هذا نصها:

(Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, pendant dix ans à compter de la réception des travaux, des vices cachés dont les architectes, entrepreneurs et autre personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux – même tenus en application des articles 1792 et 2270 du présent code)

0 3- V.en ce sens : Caston : Op. Cit, p 166 et s .

04-محمد ناجي ياقوت: المرجع السابق، ص 49.

البناء ، و هكذا بدأت مرحلة ثالثة منذ أول جانفي 1979 ، تاريخ نفاذ هذا القانون الجديد ، الذي عدل في صياغة المادة 1/1646 القديمة ، و نص في المادة 1792-1 التي أضافها إلى نصوص التقنين المدني الفرنسي على أنه يعتبر في حكم المعماري بالمعنى المقصود في هذا القانون : (كل شخص يبيع بناء بعد إتمام تشييده ، سواء كان قد شيده بنفسه أو بواسطة آخرين)(1).

و قد أراد المشرع الفرنسي بتعرضه لهذه الصورة من التعامل لأول مرة بمقتضى هذا النص ، أن يضع حدا لنوع جديد من التلاعب ظهر في العمل مؤداه ، أن المعماريين – تهربا من أحكام الضمان العشري – يعمدون إلى تشييد العقار لحسابهم الخاص ، ثم يبيعونه بعد إتمام انجازه ، و بالتالي يخضعون لأحكام عقد البيع بما فيها أحكام ضمان المبيع ، دون أحكام عقد مقاولة المباني بضمانه العشري، و بذلك يفلتون من أحكام الضمان العشري .

و يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الفرنسي قد استعمل عبارات ذات مضمون واسع مطاط (2)، حتى يسد كل ثغرة أمام أي متحايل على قواعدها (3). و يرى بعض الفقه الفرنسي (4) أن استعمال المشرع لهذه العبارات المطاطة ، أدى إلى خضوع أشخاص لأحكام الضمان العشري ، لم يكن – في أغلب الظن – في نية المشرع أن يضمهم إلى نطاق أحكامه . ذلك أنه قد ساوى عمليا في تطبيق أحكام هذا الإصلاح البائع الذي يحترف مهنة التشييد و البيع، و الشخص العادي الذي قد يضطر إلى بيع مسكنه الذي يكون قد شيده بنفسه أو بواسطة الغير ، و ذلك لعدم تلاؤمه مع ظروفه الشخصية أو الأسرية ، فمثل هذا الشخص لا يمكن أن يكون المشرع الفرنسي قد قصده بتعديله هذا .

لذلك كان يجدر بالمشرع الفرنسي – في تقديرنا – أن يتخير من العبارات ما يفيد

01- Art 1792-1(2) : (Est réputé constructeur de l'ouvrage, toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire.)

02- من ذلك عبارة " كل شخص يبيع " "Toute personne qui vendre"، و عبارة "عملا شيده بنفسه أو بواسطة آخرين " "Un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire ".

03- محمد ناجي ياقوت: المرجع السابق، ص 50 و ما بعدها.

04- Boubli : Op.Cit, p 192.

معنى الاحتراف تماشيا مع الطبيعة المهنية لهذا الضمان (1).

كما أن تطبيق أحكام هذا التعديل ، قد يترتب عنه في بعض الحالات نتـــائج غير مرجوة ، و لم تكن في الحسبان ، و التي أساسها الاخـــتلاف الجـــوهري بـــين أحكام عقد البيع و أحكام عقد المقاولة ، خصوصا فيما يتعلق بالضمان ، فـــي ظـــل أحكام كل من العقدين .

و تفسير ذلك، أن المشرع بإخضاعه البائع لأحكام هذا الضمان جعله يضمن العقـــار في مواجهة المتلقي منه، مدة عشر سنوات، شأنه شأن المقاول أو المهندس المعماري في مواجهة رب العمل طبقا لأحكام عقد المقاولة.

و لما كانت المادة 2270 مدني فرنسي ، في صياغتها المتتالية ، تقضي بأن المـــدة تبدأ من تاريخ تسلم العمل مقبولا من رب العمل ، فإن من شأن ذلك أن يؤدي إلـــى نقصان ملحوظ في مدة الضمان ، يتزايد باستمرار كلما بعد المدى الزمني بيـــــن التاريخين، تاريخ التسلم و تاريخ البيع (2)، مما يجعل المشتري أحيانا في حيـــرة، بين أن يتمسك بضمان عقد المقاولة، أم بضمان عقد البيع ؟ .

و توضيحا لذلك ضرب الدكتور : عبد الرازق حسين ياسين هذا المثل (3):

- بنى زيد ، المقاول عقارا لحساب عمر ، تسلمه هذا الأخير مقبـــولا منـــه فـــي : 1980/1/1 مثلا ، فمن هذا التاريخ تبدأ مدة الضمان العشري في السريان ، حيـــث تنتهي في : 1990/12/31 .

- في 1986/7/01 باع عمر العقار لبكر، الذي لا يبق له من مدة الضمان ســـوى 4 سنوات و 06 أشهر، فلو فرضنا أن بكرا هذا قد باع العقار فـــــي: 1990/9/01 لمشتر آخر، فإن ما يتبقى لهذا المشتري الأخير من مدة الضمان العشري الذي بـــدأ في 1980/1/1، هو أربعة شهور فقط، بمعنى أن ضمانه العشري، طبقا لأحكام عقد المقاولة – الذي أراد المشرع أن يحميه به في مواجهة البائع قد اقتصر علـــــــــى

01- Plancqueel(A) : Refléction sur nouveaux articles 1792 à 1792-6 du code civil (Loi du 4 janv 1978) G.P .1978,2, P .586 et s.

02- Boubli : Op. Cit, p 192.

03- عبد الرازق حسين ياسين : المرجع السابق ، ص 487 – 488.

أربعة أشهر فقط، و هي – بطبيعة الحال – أقل من مدة ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، فبأي الضمانين يتمسك ؟.

يرى بعض الفقه الفرنسي (1)، أنه يجب الجمع في هذه الحالة بين الضمانين معا، ضمان المشيد و ضمان البائع، بمعنى أن للمشتري الأخير – في المثال أعلاه– أن يتمسك بالضمان العشري طيلة المدة الباقية منه، ثم بضمان البائع فيما زاد عن هذه المدة.و في نظرنا، يتفق هذا الحل، مع قصد المشرع الفرنسي.

يضاف إلى ما سبق ، صعوبة أخرى يظهرها التطبيق العملي لهذا النص ، يتمثل في الفرض الذي يكون البائع فيه هو بذاته المقاول الذي قام بتشييد البناء ، إذ تقوم صعوبة معرفة تاريخ سريان مدة الضمان العشري ، و الأصل أنها تبدأ من تاريخ تسلم العمل مقبولا من رب العمل طبقا لصريح المادة 2270 مدني فرنسي (2) ، و لكن في فرضنا هذا ، المقاول يبني العقار لحسابه ، و ليس لحساب شخص آخر ، فيجتمع فيه بذلك الصفتان ، صفة المقاول ، و صفة رب العمل ، فهل يتصور تسلم في هذا الفرض ؟ و من أطرافه ؟ ، و إذا لم يكن هناك تسلم، فمن أي تاريخ تبدأ مدة العشر سنوات في السريان ؟ ، هل من تاريخ إنجاز العمل ، أم من تاريخ تسلم المشتري للعقار المبيع ؟(3).

و أخيرا نشير، إلى أن أهمية هذا التجديد، لا تبدو، عندما يكون بائع العقار المشيد، في كل من الحالتين،هو رب عمل ، تعاقد مع كل من المهندس المعماري و المقاول لإنشاء هذا العقار ، إذ لا تثير هذه الصيغة من التعامل تخوف المشرع الفرنسي،من ذهاب الحماية القانونية ، التي قصد إسباغها على مالك مثل هذا العقار(4)، فالمهندس المعماري و المقاول مسؤولان أمام رب العمل ، بأحكام

01- Boubli : Op. Cit , p 192.

أنظر أيضا : د. محمد ناجي ياقوت : المرجع السابق ، ص 51.

02–عبد الرازق حسين ياسين : المرجع السابق ، ص 485.

03- Boubli : Op. Cit, p 192 ; Malinvaud (Ph) et jestaz (Ph) : La loi du 4 Janv 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, (1 partie – des responsabilités) ,J.C.P 1978,1,2900.

04 – عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق ، ص 558.

الضمان العشري ، و رب العمل يستطيع أن يرجع عليهما ، إذا رجع عليه المشتري بهذا الضمان ، بل و للمشتري نفسه أن يرجع عليهما بدعوى الضمان العشري أو الثنائي ، باعتباره خلفا خاصا لرب العمل تلقى عنه دعوى هذا الضمان أو ذاك ، تبعا لتلقيه ملكية العقار ، كما سيأتي بحثه في حينه من الدراسة (1).

و لكن تبدو أهمية هذا التجديد، عندما يكون البائع للعقار المشيد، في كل من الصورتين، هو ذات المهندس المعماري أو المقاول الذي امتهن تشييد العقارات لحسابه الخاص، بقصد إعادة بيعها سواء و هي تحت التشييد، أو بعد تمام الإنجاز. فهنا فعلا ، يتحقق تخوف المشرع الفرنسي ، من تفويت الحق في الحماية القانونية ، التي تطلع المشرع إلى بسطها على مالك مثل هذا العقار ، إذ لا يمكن للمشتري – لولا تدخل المشرع – أن يرجع على البائع بدعوى الضمان لأنه لم يتلقها عنه ، تبعا لتلقي ملكية العقار ، و لأن المشرع قد فرضها لحماية رب العمل ضد رجل الفن ، و رب العمل غير موجود في هذه الصورة ،بل هو رجل الفن عينه .

و من الواضح ، أنه لولا تدخل المشرع الفرنسي الأول و الثاني ، ما كان بإمكان أحد غيره أن يخضع كل من هذا و ذاك لأحكام هذا الضمان العشري ، و الذي لم يكن في الأصل ليختص بهما ، أو يتعلق بأي من تصرفاتهما .

كذلك فإن هذا التجديد لا يمكن أن يدخل في نطاق التفسير، أو تكييف العقود،اللذين يعتبران جزءا أصيلا من اختصاص كل من الفقه و القضاء،و إنما هو من باب الخلق و الإيجاد للأحكام و القواعد القانونية،و هو دون شك من اختصاص المشرع.

<u>الفرع الرابع</u>: <u>الوكيل</u>: نصت المادة 1/1792 (03) من التقنين المدني الفرنسي المضافة بالقانون رقم 12 لسنة 1978 سالف الذكر، على دخول الوكيل (2) صاحب البناء ضمن قائمة الأشخاص الذين يعتبرون في حكم المشيدين، بغض

01- أنظر، فيما يأتي، من ص 227 : 223 .

02- سبق أن بينا ، أن عقدي المقاولة و الوكالة و إن اتفقا في ورودهما على العمل ، إلا أنهما يختلفان من حيث نوع الأداء محل كل منهما،فبينما هو عمل مادي في الأول ، قانوني في الثاني،كما يختلفان من حيث بروز الصفة التمثيلية في الثاني و اختفائها في الأول، إذ الوكيل يمثل موكله و تنصرف آثار تصرفات الأول إلى الأخير مباشرة و كأنه هو الذي أجراها ، بينما الأمر غير ذلك بالنسبة للمقاول . انظر فيما سبق ص 28 و ما بعدها .

النظر عن مسألة ارتباطهم أو عدم ارتباطهم بعقد مقاولة مع رب العمل ، فهذه المادة تقضي بأنه يعتبر معماريا بالمغنى المقصود في الأحكام الواردة في المادتين1792، 2270 مدني فرنسي : (كل شخص يقوم بمهمة تشبه مهمة مؤجر العمل على الرغم من أنه يتصرف بصفته وكيلا عن مالك البناء) (1) .

و من تحليل أحكام هذا النص، يستخلص أن هناك شروط معينة لا بد من توفرها لاعتبار الوكيل معماريا، و إخضاعه لأحكام الضمان العشري.

أولا:شروط إخضاع الوكيل لأحكام الضمان العشري:ويتعلق الأمر بشرطين :

الشرط الأول: أن يكون الشخص الذي يتصرف عن رب العمل ، يؤدي عمله باعتباره وكيلا عنه ، بمعنى أن تربطه و إياه وكالة صريحة أو ضمنية ، تستشف من ظروف الحال و معطيات الواقع (2)، و أن يكون قد تصرف في حدود وكالته، غير خارج منها و لا متجاوز لحدود مقتضياتها (3).

الشرط الثاني: أن يقوم هذا الوكيل – و دون وجود عقد مقاولة يربطه برب العمل – بمهمة من نوع المهام التي يقوم بها المعماريون (4)، أي مهمة تشبه مهمة المهندس المعماري أو المقاول أو غيرهما من الأشخاص الآخرين الذين يشاركون بدور معين في عملية التشييد و البناء(5)، كأن يتولى مثلا مهمة وضع التصميم اللازم للمنشآت، أو أن يقوم بالإشراف على تنفيذ الأعمال، أو أن يقوم بتمويل عملية البناء ، و ذلك بغض النظر عن الارتباط بعقد مقاولة مع رب العمل (6).

ثانيا: مناقشة نص المادة 1/1792(3) المستحدثة، و بيان مدى الحاجة إليها عمليا: رغم محاولة بعض الفقه تقديم تبريرات، لموقف المشرع الفرنسي، فإن هناك

01- Art 1792-1(3) : (Est réputé constructeur de l'ouvrage toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage).

02- Boubli : Op Cit , p 192 ; Karila : Op.Cit , n 143

03 – د. محمد ناجي ياقوت: المرجع السابق، ص 52.

04–د. عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 494.

05- Boubli : Op. Cit, p 192 et 193 ; Karila : Op.Cit, p 143

06–د. محمد ناجي ياقوت: المرجع السابق، ص 52.

جانبا آخر (1) انتقد بشدة هذا التوسع غير المبرر لأن في القواعد العامة، مما استقر عليه الفقه و القضاء ، غناء عن ذلك (2) ، بالإضافة إلى انه نص غامض ، يشتمل على قدر كبير من اللبس و عدم الوضوح ، كذلك فإنه نص غير صحيح قانونا (3).

أما بالنسبة للغموض "Ambigue" ، فذلك لأنه من الصعب أن يفهم المقصد الذي ابتغاه المشرع من تقريره ، هل هو ضبط الحالات التي تحكمها الفقرتان 1 ،2 من المادة 1792 ، أم أنه قصد به معاقبة التحايل على القانون ، عن طريق الانحراف و التستر تحت وكالة كاذبة أو صورية (4).

أما عن اللبس "équivoque" ، فذلك لأنه يقوم على أساس الخلط بين مجالي تطبيق كل من العقدين ، في حين أنهما عقدان متمايزان لكل منهما مجال تطبيقه (5) ، و قد كان ينبغي أن يشدد على أوجه الخلاف بين العقدين ، بدلا من أن يغذي اللبس و الخلط بينهما .

و أما عن أنه غير صحيح قانونا Juridiquement inexacte ، فذلك لأنه في مجال تطبيق هذا النص، يجد الشخص نفسه، أمام وكالة صورية، الوكيل فيها في الحقيقة ليس بوكيل، بل مقاولا (6).

أما نحن من جانبنا فإننا نرى أن الحاجة العملية لا تقتضي مثل هذا النص التشريعي الذي أدخل الوكيل في عداد الأشخاص المسؤولين طبقا لأحكام الضمان العشري .

ذلك أن في القواعد العام غناء ، إذ أنه ليس ثمة ما يمنع أن يكلف الشخص بمقتضى عقد واحد ، بالقيام بمهام مختلفة في طبيعتها ، منها المادي ، و منها القانوني ، و بمقتضى هذا العقد ، تجتمع في شخص المكلف صفتان ، أما الصفة الأولى : فبالنسبة للأعمال المادية ، التي يقوم بها مستقلا عن رب العمل ، و التي تسري

01- Liet – Veaux :Le droit de la construction, 7éd, 1982, p 350 ; Pigot (J):Op.Cit, P 47

02- Liet – Veaux : I bid, p 350

03- Pigot : Op.Cit, p 47.

04 – د. عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 495.

05- Caston : Op.Cit, p 143.

06– أنظر في هذا المعنى: عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 495.

بشأنها أحكام عقد المقاولة ، بما فيها الضمان العشري ، و أمـــا الـــصفة الثانيـــة : فبالنسبة لما يؤديه من أعمال قانونية ، ممثلا فيها لشخص رب العمـــل ، و عـــاملا لحسابه ، و هنا تسري أحكام عقد الوكالة بالنسبة لهذه الأعمال .

و في تقديرنا ، فإن هذه الصورة من التعامل ، التي تخضع للقواعد العامة ، و لما استقر عليه الفقه و القضاء ، لا تختلف في شيء عن الصورة التـــي قـــصدها المشرع الفرنسي بنص الفقرة(03)من المادة 1/1792 المستحدثة بقانون0-1-78لتي تفترض أن شخصا مقلدا وكالة عن مالك العقار ، يقوم بعمل مما يقوم بـــه المقـــاول عادة،دون أن يكون هناك عقد مستقل عن عقد الوكالة يعهد إليه بالقيام بهذه المهمة .

لذلك فإننا نرى أن في القواعد العامة المستقرة – في الجزائـــــــــــــر أو طبقا لما استقر عليه الفقه و القضاء في فرنسا – غنـــاء عـــن تقريـــر مثـــل هـــذا النـــــــص، الذي لم يضـــــــــــف شيئا جديدا إلى الواقع القانوني المستقر قبل ذلك بكثير (1).

<u>الفرع الخامس: الصانع: **Le fabricant**</u>

تنص المادة 1792-4(01) من التقنين المدني الفرنسي المضافة بالقانون رقم 12 لسنة 1978 ، على أنه يعتبر أيضا معماريا بالمعنى المقصود في هذه المادة : (كل صانع لعمل ، أو جزء من عمل ، أو لعنصر تجهيزي فيه ، صمم و أنتج على أن يفي بأغراض خاصة به ، مقررة و محددة سلفا ، يكون مسؤولا بالتضامن مـــع مؤجر العمل (المقاول) الذي قام بتركيب هذه الأشياء ، عن الالتزامات التي تضعها المواد 1792 ، 2/1792 ، 3/1792 على عاتق هذا الأخيـــر ، متـــى كـــان هـــذا التركيب قد تم دون تعديل فيه ، و بالمطابقة للقواعد و التعليمات التي وضعهـــــــا

01- V.En se sens : Liet-Veaux : Op.Cit, p350 02; Malinvaud (PH) et jestaz (PH) : Op.Cit, p175 ; Labin : La. Responsabilité des architectes et son assurance .Thèse, paris, I, 1978, p 311 ; Boubli : Op.Cit, p 194 ; Caston : Op.Cit, p 202.

الذي يرى أن الحل الذي كان القضاء الفرنسي قد استقر عليه منذ زمن بعيد ، أفضل من الحل الجديد الذي جاء به القانون رقم 12 لسنة 1978 في هذا الخصوص ، و يعبر في نهاية الفقرة عن أمله في أن يستمر القضاء الفرنسي في سيره – على الرغم من تقرير هذا النص الجديد – على الحكم وفقا لقضائه السابق .

الصانع نفسه) (1).

<u>أولا: مبررات إخضاع الصانع لأحكام الضمان العشري:</u> يكاد يجمع الفقه الفرنسي، على أن هذا أكبر تجديد أتى به المشرع الفرنسي، بالقانون رقم 12 لسنة 1978،وأنه من التجديدات التي لم يكن بمقدور غير المشرع إدخالها بدلا عنه (2).

و المشرع الفرنسي لم يكن بغافل عن الغزو التكنولوجي و الصناعي لمجال البناء و التشييد، و إن كان لهذا الغزو إيجابيات ساعدت بصورة كبيرة على تطور مجال المعمار، فإن له سلبيات أيضا، أدرك معها المشرع الفرنسي عدم كفاية القواعد العامة – من عقدية و تقصيرية – لتأمين مجال التشييد و البناء في ثوبه الجديد ، في ظل هذا الغزو التكنولوجي و الصناعي الذي لا يدع كبيرة و لا صغيرة في فن البناء إلا و تدخل فيها بدور مباشر أو غير مباشر .

لذلك ، فإن المشرع الفرنسي وجد نفسه مضطرا إلى عدم إغفال دور الصانع ، الذي أخذ – في النصف الأخير من هذا القرن – يتزايد باستمرار في عملية البناء و التشييد ، خصوصا بعد أن انتشرت فكرة إقامة المساكن – أو الأجزاء منها –سابقة التجهيز ، بحيث أصبح دور المقاول ، يقتصر فقط على تركيب أجزاء من هذه المساكن ، بضم بعضها إلى بعض ، كما وضعها الصانع في مصنعه ، و بذلك تداخل دور كل من الصانع و المعماري ، إلى درجة غدا معها من غير المستساغ ، عدلا أو عقلا ، التفرقة بينهما في المعاملة ، بحيث يخضع الصناع – مع تزايد أعدادهم باضطراد في مجال التشييد و البناء – للأحكام العامة للمسؤولية من عقدية و تقصيرية ، بينما يخضع المعماريون لأحكام الضمان العشري ، رغم عدم وجود

---

01 - Art 1792/4-1 : (Est réputé constructeur de l'ouvrage , le fabricant d'un ouvrage , d'une partie d'ouvrage ou d'un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire en état de service , à des exigences précises et déterminées à l'avance , est solidairement responsable des obligations mise par les articles 1792 , 1792-2 , 1792-3 à la charge du locateur d'ouvrage qui a mis en œuvre , sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant d'ouvrage , ou l'élément d'équipement considéré).

02- V.En se ses : Malinvaud (PH) et jestaz (PH) : Op.Cit, p175 ; Labin : Op.Cit, p 311 ; Boubli : Op.Cit, p 194 ; Caston : Op.Cit, p 202.

اختلاف في طبيعة عمل كل منهما يستدعي هذا الاختلاف في المعاملة من الناحية القانونية (1).

هذا بالإضافة إلى أن المشرع الفرنسي قد رأى في إخضاع الصناع لقواعد الضمان العشري دفعا لهم إلى بذل المزيد من العناية في سبيل جودة منتجاتهم ، مع عدم تسويقها إلا بعد التأكد من صلاحيتها (2).

ثانيا: المقصود بالصانع في مفهوم المادة 1792 -3 مدني فرنسي مستحدثة:

يلاحظ على نص المادة 1792-4 أنها لم تتعرض بالذكر لكل نص بمطلق العموم ، و إنما قصدت صناعا معينين على وجه الخصوص ، استعملت في تعيينهم معيارا موضوعيا ، قوامه ما يشاركون به في عملية البناء و التشييد ، و بذلك تبنى النص معيارا مرنا ، يستوعب كل ما يدخل تحته من أفراد ، غير قاصر على أناس معينين بذواتهم (3).

و المشاركة التي اتخذها المشرع الفرنسي معيارا لتحديد الصناع الذين يخضعون لأحكام الضمان العشري دون غيرهم، هي تلك التي تتمثل إما في تصنيع العمل كله، أو تصنيع جزء منه، أو عنصر تجهيزي فيه (4) ، بحيث يكون المصنوع مصمما و منتجا للوفاء بمتطلبات معينة و محددة سلفا، و بذلك، انحصر معيار التحديد، في ثلاث أنواع من الصناع:

01- صانع العمل : Le fabricant d'un ouvrage

01- عبد الرازق حسين ياسين : المرجع السابق ، ص 502 و 503 .

02- Malinvaud : La responsabilité civil du fabricant en droit. G.P.1978, 2, doc. N 40.

03- Costa (J.L) : La responsabilité des constructeurs d'après la loi du 04 jan 1978 .D.1979, p 39.

و المشرع الفرنسي باتخاذه هذا المعيار لتحديد الصناع الذين يسألون بالتضامن مع المقاول ، يتفق مع مذهبه في توسيع النطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري ، بحيث ينطبق مع كل من يشارك بعمل ما – بطريق مباشر أو غير مباشر – في عملية التشييد دونما التفات إلى تخصص هذا المشارك .

04- و قريب من هذا، تعريف الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية المجلس الأوروبي للمنتج بأنه: (صانع السلعة في شكلها النهائي، أو صانع الأجزاء التي تتركب منها).

(Le terme (producteur) désigne les fabricants de produit fini ou de parties composant).

و هو من يتولى تصنيع العمل المطلوب إقامته بالكامل في مصنعه ، ثم يتم نقله بعد ذلك إلى المكان الذي سيتم تركيبه فيه بمعرفة المقاول ، و يضرب الفقه الفرنسي مثالا لذلك ، بالصانع الذي يصنع مسبقا منزلا خاصا بالكامل ، ثم يتم نقل أجزاءه إلى المكان الذي سيجمع و يثبت فيه بمعرفة المقاول (1) ، و هو ما يعبر عنه بالمساكن سابقة التصنيع .

02- صانع جزء من عمل : Le fabricant d'une partie d'ouvrage

و الجزء من العمل الذي يخضع صاحبه لقواعد الضمان العشري ، هو عبارة عن عنصر تأسيسي أو تكويني في البناء ، بمعنى أن البناء لن يتأسس أو يتكون أو لن يؤدي وظيفته التي شيد من أجلها إلا بضم هذا العنصر إلى غيره من العناصر التأسيسية أو التكوينية الأخرى (2).

ذلك أن هذا العنصر ، إنما يضطلع بدور من الأدوار التي تحتويها الوظيفة التي من أجلها كان إنشاء هذا البناء و تأسيسه ، و يسوق الفقه الفرنسي أمثلة لهذه العناصر التأسيسية أو التكوينية ، بأعمال المنافع العامة و أعمال الأساسات و هياكل البناء و الحوائط و المظلات (3).

03- صانع عنصر تجهيزي في العمل:و العنصر التجهيزي ليس من قبيل العناصر التأسيسية أو التكوينية،كما هو الحال في صناعة الجزء من العمل،و إنما هو عنصر تكميلي،يصمم و يصنع مسبقا،ليؤدي في البناء،دورا محددا و معينا سلفا (4).

و يعطي الفقه الفرنسي أمثلة على هذه العناصر التجهيزية ، بالقواطع ، و الفواصل الداخلية في البناء ، السخانات المركزية ، و المصاعد و التجهيزات الكهربائية و الصحية ، التي يقوم المقاول بتثبيتها بحالتها التي سلمت بها إليه (5).

و أخيرا فإن الصناع سالفي الذكر يكونون مسؤولين بالتضامن – إذا توافرت باقي

01- Pigot : Op.Cit, p .70

02- د. عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 507.

03- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph) : Op.Cit, p 179.

04- Pigot (J) : La notion de composant .R.T.D.I .1980, p 132

05- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph) : Op.Cit, p 180 ; Pigot : Art précité, p 133.

الشروط – طبقا لأحكام الضمان العشري بالتضامن مع المقاول الذي يقوم بتثبيت العمل ، أو جزء من العمل ، أو عنصر تجهيزي في موقعه من البناء ، في مواجهة رب العمل عن الأضرار التي تلحق هذا الأخير من جراء هذا التركيب .

ثالثا: المنتجات التي يخضع الصانع بتقديمها لأحكام هذا الضمان:

و لما كان نص المادة 1792- 4 مدني يقرر أحكاما استثنائية تخـــرج عـــن القواعد العامة للمسؤولية العقدية أو التقصيرية ، فإننا نتفق مع الرأي الغالب في الفقه الفرنسي (1) على ضرورة تفسير عبارات النص ، تفسيرا ضـــيقا ، تماشـــيا مـــع القواعد العامة في التفسير ، بحيث لا يجوز التوسع فيه ، أو القياس عليه ، فينحصر القواعد العامة في التفسير، بحيث لا يجوز التوسع فيه، أو القياس عليه، فينحـــصر نتيجة لذلك نطاق تطبيقه في المنتجات الصناعية التي ذكرها على سبيل الحـــصر، و التي أوردناها سابقا دون غيرها من المنتجات الأخرى(2).

رابعا : شروط المسؤولية التضامنية للصانع : يشترط نص المادة 1792-4 مدني فرنسي ، لخضوع الصانع لأحكام الضمان العشري بالتضامن مـــع المقـــاول شروطا ، منها ما كان مناطه الأشخاص ، و منها ما يتعلق بالمنتج ذاته :

01- ما كان مناطه الأشخاص : فمتعلق بالصانع الذي قام بصنع العمـــل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي له ، و المقاول الذي قام بتركيبه .

أ- الصانع الذي قام بصنع العمل : فالصانع حتى تنعقد مسؤوليته التضامنية – مع توافر باقي الشروط- يجب أن يكون هو الذي قام بتصميم المنتج بنفسه ، بناء

01- Caston : Op.Cit, p180 ; Boubli : Op.Cit , p 194 .

و من الفقه المصري: محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 60 – عبد الـــرازق حـــسين ياســـين: المرجـــع الـــسابق، ص 509.

02- و تطبيقا لمبدأ التفسير الضيق لنص المادة 4/1792 مدني فرنسي ، يستبعد من نطاق هذا النص ، صناع أو موردوا المواد الأولية ، التي تستخدم في البناء ، سواء كانت موادا خاما ، كالرمل و الأحجار و الإســـمنت و الخشب و الحديد ...الخ ، أو كانت موادا نصف مصنعة ، كالأنابيب ، و الأسلاك و الأغلفـــة علـــى اخـــتلاف أنواعها ، ذلك أن هذه المواد لا تصنع و تنتج مسبقا لتفي بأغراض خاصة بالبناء – و إن كانت تستخدم فعلا فيه – و إنما تنتج لأغراض أخرى متنوعة ،انظر في ذلك :

Liet –Veaux :Quel fabricants sont soumis à la présomption de responsabilité décennale ! .G.P .1979 -1, p 328.

على مواصفات و أبعاد و نسب عينها ، كي يؤدي المنتج – في نظره – هدفه الذي أنتج له، و أن يكون كذلك هو الذي قدم المواد التي صنع منها المنتج (1)(2).

لكن قد يحدث، أن يقوم المهندس المعماري أو المشرف على العمل أو المقاول، بتصميم المنتج، و وضع المواصفات و النسب المختلفة له، و يقدم للصانع المواد اللازمة للإنتاج، و يطلب من الأخير التنفيذ فقط، بناء على هذا التصميم. فالصانع في هذه الحالة لا يكون مسؤولا بالتضامن طبقا لنص المادة 3/1792 مدني فرنسي ، لانعدام دوره في التصميم و بفرض عدم خطئه في التنفيذ، و هما المهمتان اللتان من أجلهما ، أخضعه المشرع الفرنسي لهذه المسؤولية التضامنية مع مدمج المنتج في العمل (3).

ب- المقاول الذي قام بتركيب العمل: فيشترط النص لخضوع الصانع لأحكام الضمان العشري بالتضامن مع المقاول الذي قام بتركيب العمل،أو الجزء من العمل ، أو عنصر التجهيز فيه،أن يكون هذا الأخير قد انعقدت مسؤوليته و بالفعل بمقتضى القواعد الواردة في النصوص المشار إليها بالمواد1792،1792-2 و1792-3 مدني فرنسي (4).و معنى ذلك أن رب العمل أو مالك البناء لا يجوز له أن يرجع على الصانع استقلالا،بل عليه أن يثبت أولا قيام مسؤولية المقاول المتضامن،قبل أن يوجه دعواه إلى الصانع وفقا للمادة 1792-4(03) سالفة الذكر(5).

و معنى ذلك أيضا أن التضامن المذكور في النص لا يمكن أن ينشأ إلا مع المقاول الأصلي وحده .

01- Pigot : Op.Cit, p 71 et s ; Caston : Op.Cit, p 435 et s.

02 – و الذي يحدث عملا ، هو أن يقوم المهندس المعماري ، أو المشرف على العمل ، أو منفذه ، بطلب منتج معين من الصانع ، كي يفي بغرض معين ، فيقوم الصانع من جانبه بوضع التصميم المناسب لهذا المنتج ، و تحديد المواصفات و الأبعاد و النسب المعينة ، التي يراها ضرورية لإنتاج المنتج المطلوب ، ثم يقوم بتنفيذه بمواد من عنده .

03 – و إن كان هذا لا يمنع من خضوعه للأحكام العامة في المسؤولية – من عقدية و تقصيرية – إن اقتضى الحال ذلك .

04- د. محمد ناجي ياقوت: المرجع السابق، ص 52.

05- Mazeaud (H, L et J) Op.Cit, p 700 ; Malinvaud et Jestaz : Op.Cit, p 194.

فهو لا يسري على المقاول من الباطن ، و لا على المهندس المعماري،و لا على المهندس الاستشاري،لأن الأول غير ملزم أصلا بمقتضى أحكام الضمان العشري ، كما سبق القول ، و الثاني و الثالث لا يقومان بنفسهما باستعمال العنصر المصنوع في عملية البناء ، و إنما يكلفان غيرهما عادة بالقيام بهذه المهمة (1).

02-ما تعلق بالمنتج ذاته من الشروط: فيمكن أن نوضحها على الوجه التالي:

الشرط الأول: أن يكون المنتج – العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي – مصمما و منتجا كي يفي بأغراض محددة و معينة سلفا :(2) ، فالمنتج يجب أن يكون معدا بقصد الوفاء بمقتضيات معينة و محددة مسبقا بمعرفة مصمم العمل ككل ، أو بمعرفة الصانع نفسه ، و ليس معدا للوفاء بأغراض عامة ، بمعنى أن يكون المنتج (العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي) مخصصا ، فقط ، من حيث تصميمه و إنتاجه ن للوفاء بهذه الأغراض الخاصة (3).

الشرط الثاني: أن يتم تركيب المنتج بالمطابقة للتعليمات التي يضعها الصانع نفسه : يشترط النص لخضوع الصانع لأحكام الضمان العشري بالتضامن مع المقاول تجاه رب العمل ، أن يكون هذا المقاول ، قد استعمل العمل ، الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي المصنوع ، طبقا للقواعد و التعليمات الموضوعة من قبل الصانع ، و المقصود هنا تلك القواعد المتعلقة بكيفية الاستعمال ، أو التعليمات التي يضعها الصانع مبينا فيها الاحتياطات الخاصة الواجب إتباعها عند نقل منتجاته، أو عند تخزينها أو عند تركيبها أو استعمالها بمعرفة المقاول ، لان الصانع غالبا ما لا يشترك في مثل هذه الأعمال بل عادة ما يكون بعيدا عنها (4).

01- عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 52.

02- و هو ما تقضي به المادة 4/1792 في فقرتها الأولى كما يلي : (الصانع لعمل أو لجزء من العمل ، أو لعنصر تجهيزي فيه ، مصمم و منتج ، كي يفي في حالة وضعه للخدمة ، بأغراض أو متطلبات محددة و معينة مقدما ، يكون مسؤولا بالتضامن ....).

03- V.En se sens : Boubli : Op.Cit, p 196 ; Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph) : Op.Cit, p 192 ; Pigot : Op.Cit, p 71.

04- د. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 54.

و يرى البعض(1)أن الصانع لا يستطيع أن يتهرب من التضامن المنصوص عليه في هذا النص، عن طريق الامتناع عن وضع مثل هذه القواعد أو التعليمات، لأن هناك الأصول الفنية للمهنة التي يلزم المقاول باحترامها في جميع الأحوال، مثله في ذلك مثل أي مقاول آخر يتولى استعمال منتجات مصنوعة بمعرفة الغير.

و على ذلك يمكن القول ، بأن عدم وضع الصانع قواعد خاصة للاستعمال،لا يعفيه من الخضوع للمسؤولية التضامنية مع المقاول،لان هذا الأخير،يلتزم في مثل هذه الحالة بمراعاة الأصول الفنية العامة للمهنة،دون حاجة إلى اتفاق صريح أو ضمني على ذلك في العقد،بل أن القواعد العامة المسلم بها في هذا المجال ، تلقي على عاتق المنتج أو الصانع ، لا سيما بالنسبة للمنتجات الجديدة أو الخطرة ، واجب إخطار عملائه و أعطائهم التعليمات اللازمة بكل ما يتعلق بسلامة هذه المنتجات(2).

الشرط الثالث: أن يكون المقاول قد قام بتركيب المنتج دون أي تعديل فيه(3):

و مقتضى هذا الشرط ، أن يقوم المقاول بتركيب المنتج كما هو ، دون أن يدخل عليه أي تعديل يخرجه عن الغرض المخصص له ، أو يجعله غير قادر على الوفاء بالأغراض المعينة أو المحددة مقدما (4).

و على ذلك ، إذا أثبت الصانع أن المقاول الذي قام بتركيب الشيء المصنوع، قد عدل في هذا الأخير ، تعديلا ، من شأنه أن يخرجه عما خصص له ، بحيث يجعله غير قادر على الوفاء بالأغراض التي صمم و أنتج للوفاء بها، صار الصانع بهذا الإثبات في حل من التضامن الذي فرضه عليه نص المادة 4/1792 مدني مع ذلك المقاول (5).

و يأخذ إتلاف الشيء عند تركيبه حكم التعديل ، المخرج لذلك الشيء عن

01- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph) : Op.Cit, p 194.

02 - Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph): I bid.

03 – و هذا الشرط اقتضته صراحة الفقرة الأولى من المادة: 1792-4 و التي تقضي بان: (الصانع....يكون مسؤولا بالتضامن عن ....مع مؤجر العمل (المقاول)، الذي قام باستعمال أي من هذه الأشياء دون تعديل).

04-Pigot : Art précité, p 74.

05- د.عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 517.

تخصيصه، بحيث يبرأ به الصانع كلية من التضامن المفروض عليه (1).

و يلاحظ أن هذا الشرط و سابقه ، شرطان تقتضيهما العدالـــة ، و يوجبهمـــا مبدأ حسن النية في التنفيذ ، ذلك أن الصانع ، و قد سلم للمتعامل معه المنتج محـــل العقد ن يكون ، في الحقيقة ، قد فقد كل سيطرة على المصنوع ، و غدا لا علم لـــه بطريقة نقله ، أو تخزينه ،أو تركيبه ، أو استعماله . لذلك كان لزاما على المـــشرع أن يشترط لتحقق الضمان العشري ، أن يتم هذا التركيب أو الإدماج دون تعديل أو تغيير في المصنوع ، و أن يكون من جهة أخرى بالمطابقة للقواعد و التعليمات التي يضعها الصانع نفسه (2).

إذا توافرت هذه الشروط مجتمعة ، كان الصانع لعمل، أو لجزء من عمل أو لعنصر تجهيزي فيه، على الوجه الذي بيناه ، مسؤولا بالتضامن مع المقاول الـــذي يتولى تركيب هذا العمل المصنوع ، عن الالتزامات التي تقع على هذا الأخير فـــي مواجهة رب العمل (3).

خامسا: أشخاص التضامن:انقسم الفقه الفرنسي بشان هذه المسالة إلى فريقين:

يذهب الفريق الأول (4) على أن التضامن لا يكون إلا مع المقـــاول الـــذي يتولى بنفسه وضع المنتج المصنوع (العمل أو الجـــزء مـــن العمـــل أو العنـــصر التجهيزي فيه) في مكانه من البناء ككل .

01- Pigot : Art précité , p74 ; Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph): Op.Cit, p 193.

02-Costa:La responsabilité des constructeurs d'après la loi du 04 Jan 1978.D.1979,p .39

03- ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الخصوص ، أسبقية المشرع الجزائري في تقريره للتضامن الحقيقي بالنص الصريح (2 1/554 مدني) بين المهندس المعماري و المقاول في مواجهة رب العمل ، عن المشرع الفرنسي ، الذي لم يقرر تشريعيا هذا التضامن ، حتى بعد ما سمي بالإصلاح التشريعي الشامل ، لأحكام الضمان العشري ، الصادر به القانون رقم 12 لسنة 1978 سالف الذكر ، و أن ما قرره من تضامن بالمادة 1792-4 مدني المستحدثة كان فقط بين الصانع و من يتولى تركيب مصنوعه ، و بالشروط الموضحة بالنص المذكور ، أما فيما عدا ذلك ، فليس هناك من تضامن حقيقي بين المعماريين المشاركين في تشييد العقار ، و هذا هو ما يذهب إليه غالب الفقه الفرنسي ، و بعض القضاء هناك . انظر في تفصيل هذا الموضوع: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 301 إلى 315.

04- Stora (C):" L'obligation de garantie et la responsabilité des fabricants de matériaux" .A.J.P.I.1980 . p .215 ; Liet – Veaux : Le droit de la construction, 7 éd .1982 . p 375.

و يترتب على ذلك، أن هذا التضامن، لا يسري على الصانع، إذا ما قــام بوضــع المنتج المصنوع في مكانه من البناء شخص آخر غير المقاول الأصــلي، المكلــف أصلا بمهمة التنفيذ، كالمقاول من الباطن أو المهنــدس المعمــاري ، أو المهنــدس الإنشائي ، أو مكتب دراسات معمارية ، أو حتى المقاول الأصلي نفسه ، إذا لم يقــم هو شخصيا بوضع المنتج المصنوع في موضعه من البناء ، و إنما يكلــف غيــره بوضعه ، و لا كذلك غيره ، من المقاولين الذين لم يقوموا بهذه المهمة (1).

و يستند هذا الفريق إلى نص الفقرة الأولى من المادة 1792 /4 مدني فرنسي التــي تقضي بأن (الصانع يكون مسؤولا بالتضامن عن الالتزامات التي تــضعها المــواد 1792 ، 2/1792 ، 3/1792 مدني على كاهل المقاول الذي وضع موضع التنفيــذ الشيء المصنوع) ، و حيث أن هذا نص استثنائي فينبغي الوقوف عنده بحيــث لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه (2).

أما الفريق الثاني من الفقه الفرنسي ، فيرى أن في هذا القول إيجاد لذريعــة التفلت من هذا الضمان ، الأمر الذي يتنافى و قصد المشرع الذي ابتغاه بموجب هذه الإصلاحات ، فيكفي للتهرب من هذا الضمان ، إسناد المقاول مهمة التنفيذ إلى غيره من تابعيه ، أو إلى مقاول من الباطن . لذلك يذهب هذا الاتجاه، إلــى أن الــصانع يكون دائما مسؤولا بالتضامن مع المقاول الأصلي المسؤول قانونا عن التنفيــذ ، و بغض النظر عما إذا كان هو الذي قام بنفسه بوضع المصنوع في مكانه من البناء ، أو أنه أسند إلى غيره هذه المهمة.

و أما نحن من جانبنا ، فنسير في اتجاه الرأي الثاني ، لمنطقيته من جهة ، ذلــك أن المقاول حمل المسؤولية بموجب أحكام الضمان العشري في مجال البناء و التشييد ، و إن كان العيب ناتج عن أعمال أسندت إلى مقاول من الباطن ، فمن غير المنطقي التمييز بين المقاول في مجال البناء ، و مجال تركيب المصنوع .

كما أن الهدف الذي توخاه المشرع الفرنسي بموجب الإصلاحات المتتاليــة لأحكــام الضمان العشري ، و المتضمن توسيع نطاق أحكام الضمان العشري ، هو سد كل

01- د. عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 525.

02- Caston : Op.Cit, p 206.

الثغرات التي تسمح بالتهرب من أحكامه.

سادسا : تعقيبنا على مسلك المشرع الفرنسي : يعتبر هذا التجديد الذي جاء به المشرع الفرنسي بإدخاله الصانع – لعمل او لجزء من عمل أو لعنصر تجهيزي فيه – من أهم التعديلات التي أدخلها على النطاق الشخصي المدين بأحكام الضمان العشري ،و التي لم تكن لتحصل لولا تدخله ، و قد كانت في محلها ، لما أصبحت تلعبه الصناعة من دور ريادي في مجال البناء و التشييد .

و حبذ لو أن المشرع الجزائري سار في اتجاه المشرع الفرنسي ، بإخضاع الصانع – ضمن الشروط سالفة الذكر– لأحكام الضمان العشري ، لما ينجر عن ذلك من سد للثغرات و توزيع عادل للمسؤوليات التي تترتب في حالة استعمال المواد المصنعة طبقا لما سبق بيانه (1).

الفرع السادس: الأشخاص الذين هم في حكم الصانع: (المستورد و الموزع).تقضي الفقرة الثانية من المادة 1792–4 مدني فرنسي بأنه (يكون في حكم الصناع بالنسبة لتطبيق هذا النص:

–ذلك الذي استورد عملا أو جزء من عمل أو عنصرا تجهيزيا فيه،تم صنعه في الخارج .

– ذلك الذي يقدمه(أي العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي) على أنه من صنعه بأن يضع عليه اسمه أو ماركة مصنعة أو أي علامة أخرى مميزة له)(2).

01– المشرع الجزائري أخضع المنتج بموجب المادة 140 مكرر من القانون المدني التي جاء بها القانون رقم 05–10 المؤرخ في 2005/06/20 ، لأحكام المسؤولية الناشئة عن الأشياء ، إذ تقضي هذه المادة بما يلي :
(يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى و لو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية .
و يعتبر منتوجا كل مال منقول و لو كان متصلا بعقار ، لا سيما المنتوج الزراعي، و المنتوج الصناعي ، و تربية الحيوانات ، و الصناعة الغذائية ، و الصيد البري و البحري ، و الطاقة الكهربائية) .و المثال الحي الذي يمكن أن نبين من خلاله مدى حاجتنا لمثل هذا التعديل، هو المحرك الخاص بضخ مياه سد بني هارون.

02- Art 1792-4 Ali 2 (L .78 -12, 4 jan 1978) : (Son assimilés à des fabricants pour l'application du présent article :

- Celui qui a importé un ouvrage, une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement fabriqué à l'étranger.==

أولا: المقصود بالأشخاص المذكورين في المادة 1792/4-2: و بمقتضى هذا النص يكون المشرع الفرنسي قد أخضع لأحكام الضمان العشري، الآتي ذكرهم:

01- المستورد: و هو كل شخص يستورد عملا، جزء من عمل، أو عنصر من عناصر التجهيز في العمل، تم تصنيعه بالخارج.بحيث أصبح المستورد مثله مثل الصانع ، مسؤولا وفقا لأحكام الضمان العشري بالتضامن مع المقاول الذي استعمل الشيء المصنوع .

02- الموزع: هنا ، يجعل النص من البائع الذي قدم هذا المصنوع و وزعه في السوق على أساس أنه من صنعه ، و ذلك بان وضع اسمه عليه أو ماركته أو أي علامة مميزة له ، مسؤولا متضامنا مع المقاول ، باعتباره في حكم الصانع .

ثانيا : مبررات إخضاع المستورد و الموزع لأحكام الضمان العشري : الحقيقة أن المشرع الفرنسي ذهب بهذا النص إلى أبعد مدى ، في التوسع في بسط نطاق تطبيق أحكام الضمان العشري ، على أناس ليسوا من المعماريين بحال ، و لم يبرموا مع رب العمل عقد مقاولة ، بل كل صلتهم أنهم أبرموا مع المقاول أو رب العمل - غالبا-عقد بيع منقولات استوردوها بعد أن تم صنعها بالخارج، أو أظهروا أنفسهم بأنهم صانعوها (1).

و المشرع الفرنسي بهذا النص ، أراد أن يقدم لرب العمل أوسع مدى من الحماية القانونية ، في الحالات التي يتعذر فيها على هذا الأخير الرجوع على الصانع رجوعا مفيدا ، سواء لان شخصية الصانع غير معروفة له ، أو لأن الصانع

- Celui qui la présenté comme son œuvre en faisant figurer sur lui son non, sa marque de fabrique ou tout autre signe distinctif.)

و هذا النص مستوحى عن الفقرة الثانية من المادة الثالثة من اتفاقية المجلس الأوروبي ، و الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية المجموعة الأوروبية ، و المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي التي صادق عليها البرلمان الفرنسي في 1977/04/11 . أنظر في هذه النصوص : محمد عبد القادر علي الحاج : مسؤولية المنتج و الموزع ، دراسة في قانون التجارة الدولية ، مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، رسالة مقدمة إلى كلية الشريعة و القانون ، جامعة صنعاء ، ط 1982 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 49 إلى 54.

01- محمد ناجي ياقوت: المرجع السابق، ص 66-69.

المسؤول مقيم بالخارج (1) . و هو بذلك يرعى حقوق رب العمل رعاية خاصـــة، لأنه يعفيه من عبء اتخاذ إجراءات المطالبة القضائية ضد الصانع في بلاد بعيــدة من الممكن أن يختلف نظامها القانوني اختلافا كبيرا مع النظام القانوني الفرنسي ، و من ثم يمكن أن تكون في نهاية الأمر ، كثيرة التكلفة و قليلة الجــدوى ، كمـــا أنـــه يستهدف أيضا حث المستورد على بذل أقصى عناية ممكنة في اســتيراد العناصـــر المكونة للبناء من الخارج (2).

كذلك – و إمعانا في هذه الحماية – عالج المشرع الحالة التي يتعذر فيها على رب العمل معرفة شخصية صانع العمل ، الجزء من العمل أو العنصر التجهيــزي في العمل ، حيث يظهر المتعامل معه بمظهر صانع هذا المنتج ، و ذلك بأن يــضع عليه اسمه أو ماركة مصنعة ، أو أي علامة أخرى مميزة له ، أو يعلن بأي وســيلة من وسائل الإعلان أن هذا المنتج من عمله .

ففي هذه الحالة أيضا جعل المشرع الفرنسي هذا الشخص في حكم الصانع الحقيقي للشيء المصنوع ، و أخضعه لذات المسؤولية التضامنية – التي أخضع لها الصانع – مع المقاول ، في مواجهة رب العمل ، و ذلك حتى لا تضيع الحماية التي أرادها لهذا الأخير (3).

بذلك أوجد المشرع الفرنسي بهذا النص ، مسؤولا احتياطيا أمام رب العمل، يقتضي تعويضه منه ، عندما تتغلق أمامه السبل على معرفة المسؤول الحقيقي عــن هــذا المنتج أو الوصول إليه ، فجعل مستورد هذا المصنوع أو موزعه مسؤولا بالتضامن مع المقاول عما ترتب عن هذا المصنوع من أضرار لحقت برب العمل ، شانه تماما شان الصانع الفعلي لهذا الشيء(4).

و كذلك قصد المشرع الفرنسي ، إلى جانب حماية رب العمــل ، الــضغط علـــى المستوردين بتشديد مسؤوليتهم ، حثا لهم على أن لا يستوردوا إلا السلع السليمـــــة

---

01 - Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph): Op.Cit, p190

02- Caston : Op.Cit, p 207.

03– عبد الرازق حسين ياسين:المرجع السابق،ص532– محمد عبد القادرعلي الحاج:المرجع السابق، ص 49.

04- Stora (C) : Art précité, p 217.

الخالية من العيوب ، حتى لا يغرق السوق بسلع معيبة ، تترتب عليها أضرار جسيمة ، تضر بصالح الاقتصاد الفرنسي (1).

و ينتقد جانب من الفقه الفرنسي (2) هذا الاتجاه من المشرع ، محذرين من أنه سيؤدي إلى خوف المستوردين من استيراد السلع الأجنبية التي قد تكون لازمة و ضرورية لمجال التشييد و البناء، خوفا من الوقوع تحت طائلة الضمان العشري ، مع ما سيترتب عن هذا الإحجام من إضرار بالاقتصاد الوطني ، و عدم انسجام مع اتفاقية المجموعة الأوروبية المعروفة باتفاقية روما ، و كذا اتفاقية لاهاي حول القانون المطبق على مسؤولية الصناع عن أضرار منتجاتهم و التي صدق عليها البرلمان الفرنسي في 18 أفريل 1977 (3).

ثالثا : تعقيبنا على مسلك المشرع الفرنسي

أما نحن من جانبنا، فنرى أن المشرع الفرنسي قد أصاب فيما ذهب إليه، فإدخال هذه الفئة ضمن طائفة الأشخاص المدينين بأحكام الضمان العشري لم يكن ليحصل دون تدخل تشريعي،و بما أن مجال الاستيراد إن لم يضبط بدقة يجعل السوق مكانا لكل سلعة صالحة لأداء غرضها أم لا، و إخضاع فئة المستوردين و الموزعين لأحكام الضمان العشري ، يجعلها حريصة كل الحرص على جلب و توزيع ما هو صالح للاستعمال في مجال البناء و تحقيق الأغراض المرجوة منه .
و لا يخفى على أحد مدى حاجتنا لمثل هذا التعديل على مستوى التشريع الجزائري ، و التي تزايدت بحدة مع دخولنا اقتصاد السوق ، و ما عرفه ذلك من إغراق للسوق الوطنية بمختلف السلع الرديئة ، و أمام حساسية مجال البناء و التشييد، ينبغي الحرص و التشدد أكثر لحث المستوردين على انتقاء ، و التأكد من صلاحية و سلامة ما يستوردونه من منتجات تستعمل في مجال البناء ، و هو ما لا يتحقق إلا بإخضاع هؤلاء لأحكام الضمان العشري .

01-عبد الرازق حسين ياسين:المرجع السابق،ص537- محمد عبد القادر علي الحاج:المرجع السابق، ص 53.

02- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph):" La loi du 04 jan 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction ", 1 partie des responsabilités .J.C.P

03 – Stora : Art précité, p 217.

لذلك نرجو أن يحذو المشرع الجزائري حذو نظيره الفرنسي في إخضاعه لأحكام الضمان العشري-و ضمن الشروط التي استقر عليه التشريع و القضاء الفرنسيين هذه النقطة- كل مستورد أو موزع للمواد المستعملة في مجال البناء ،حتى نكون أمام توزيع عادل للمسؤوليات ، من جهة، و حث على انتقاء الأفضل دائما من جهة أخرى،خاصة و أننا من الدول المستهلكة للمواد المصنعة،فإنتاج هذه المواد يكاد يكون منعدما على المستوى الوطني،و هو ما يدعونا إلى القول بأن حاجتنا إلى إخضاع المستورد و الموزع لأحكام الضمان العشري،تزيد عن تلك بالنسبة للصانع.

الفرع السابع: المرقي العقاري :قبل التطرق إلى أساس و مدى خضوع المرقي العقاري لأحكام الضمان العشري ، يتعين علينا إعطاء نبذة قصيرة نعرفه من خلالها ، و المهنة التي يمارسها و طبيعة العقد الذي يبرمه مع رب العمل ، و بما أن التشريع الجزائري جاء بموجب القانون 93-03 بما سماه المتعامل في إطار الترقية العقارية و أخضعه ضمن شروط معينة لأحكام الضمان العشري ، ارتأينا أن نتناول هذا الفرع في جزئيتين ، نخصص الأولى لأحكام التشريع الفرنسي ، أما الثانية فستكون محلا لدراسة التشريع الجزائري .

أولا: بالنسبة للتشريع الفرنسي: سنحاول أن نتناول تعريف المرقي العقاري على مستوى الفقه الفرنسي، لنعرج بعدها إلى تناول عقد الترقية العقارية، ثم نقف على مدى خضوع المرقي العقاري لأحكام الضمان العشري، و أخيرا تعقيبنا على هذا المسلك و ذلك كما يلي:

01- تعريف المرقي العقاري: لم يضع المشرع الفرنسي - كغيره من المشرعين - تعريفا للمرقي العقاري، إلا أن الفقه و القضاء الفرنسيين، استطاعا أن يستخلصا من مجموعة الالتزامات التي تتكون منها هذه المهنة تعريفا له. و هي الالتزامات التي تضمنتها المادة 1831-1 من التقنين المدني الفرنسي (1) و التي

01- Art.1831-1C.C:(Lcontrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite "Promoteur immobilier" s'oblige envers le maître de l'ouvrage à faire procéder , pour un pris convenu , au moyen de contrats de louage d'ouvrage , à la réalisation d'un programme de construction d'un ou plusieurs édifices=

تقضي بأن (يتكفل المرقي العقاري في مواجهة رب العمل، بأن يباشر بواسطة الغير، في مقابل ثمن متفق عليه، و عن طريق إبرام عقود مقاولة، تحقيق مشروع تشييد بناء أو أكثر. كما أنه يباشر أيضا بنفسه أو بواسطة الغير، و لقاء أجر متفق عليه، كل أو بعض العمليات القانونية و الإدارية و المالية اللازمة لذات الغرض).

و من خلال هذه الالتزامات الذي ذكرتها المادة 1831، استطاع القضاء الفرنسي أن يعرف المنمي العقاري بأن: (ذلك الشخص – طبيعي أو معنوي – الذي يأخذ المبادرة ، و يبذل العناية الرئيسية أو الأساسية بالعملية العقارية ، فيتكفل بأن يسلم أو يبيع ، أو يورد ، عقارا مطابقا لقواعد الفن ، و خاليا من العيوب)(1).و على ذلك، فإن القضاء الفرنسي،اعتبر المرقي العقاري،ملتزما بتحقيق نتيجة معينة، تتمثل في أن يسلم–بيعا و توريدا–عقارا مطابقا لقواعد الفن و خاليا من العيوب (2).

أما على المستوى الفقهي، فيعرفه بعضهم بأنه: (الوكيل الاقتصادي الذي يتولى تحقيق بناء أو أكثر، كي يكسب ملكيته إلى واحد أو أكثر من الأشخاص الذين يطلق عليهم متلقي الملكية)(3).

---

ainsi qu'a procéder elle même ou à faire procéder , moyennant une rémunération convenue , à tout ou partie des opérations juridiques , administratives et financières concourant au même objet. Ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec les quelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage.

Il est notamment garant des vices cachés dans les conditions visées aux articles 1792 et 270.

Si le promoteur s'engage à exécuter lui – même partie des opérations di programme, il est tenu, quant à ces opérations, des obligations de locateur d'ouvrage)

01- Cass.Civ .1/2/1972.Bult 1972-3, n 75.

02- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph): Droit de la promotion immobilière. Paris, 02 éd .D.1980, p 01.

03- Saint – Alary : Op.Cit, p 78.

و يقترب هذا التعريف من التعريف القضائي ، و قريب منه أيضا تعريف الإتحاد الوطني للمرقين المعماريين الذي تأسس في فرنسا سنة 1961 ، و الذي عرف المرقي العقاري بأنه (الشخص الطبيعي أو المعنوي ، الذي مهنته ، هي أن يأخذ المبادرة لتحقيق العملية العقارية و يتحمل مسؤولية التنسيق بين العمليات المختلفة من تصميم و تنفيذ و تمويل و إدارة ..الخ)، أنظر في ذلك: Liet –Veaux: Op.Cit,p 203.

و مهنة الترقية العقارية مهنة حديثة نسبيا، ظهرت في فرنسا ، في أعقاب الحــرب العالمية الثانية (1)، فهي نوع مستحدث من أنواع النــشاط البــشري، أوحــت بــه ظروف ما بعد الحربين ، و ما أدت إليه – لا سيما الثانية منهما – من دمـــــار و خراب في المناطق التي شملتاها ، فنشأت هذه المهنة كدور علاجي ، لما يتطلبــه عادة إعادة تشييد ما هدم، و إقامة ما قوض، و بالسرعة التي تقتضيها ظروف تلــك المناطق آنذاك، من جهود مكثفة فنيا و ماليا، و إداريا (2).

02– عقد الترقية العقارية: و يمارس المرقي العقاري (متعهد البناء) مهنته عن طريق إبرام عقد ترقية عقارية مع رب العمل، و من محتوى المــادة 1831-1 سالفة الذكر، يتضح بأنه عقد مختلط من مقاولة و وكالة مأجورة (3).

و الشق الأول، المتعلق بعقد المقاولة، موضوعه مجموعة الأعمال المادية و الإدارية التي يباشرها المرقي العقاري.

بينما الشق الثاني، فيمثل مجموع الأعمال و التصرفات القانونية، التي يقــوم بها لحساب رب العمل و باسمه، و التي تنصرف آثارها مباشرة إلى هذا الأخير، و كأنه هو الذي أجراها بنفسه (4).

03– حدود خضوع المرقي العقاري لأحكام الضمان العشري : استمر عقــد الترقية العقارية تحكمه القواعد العامة ، التي تخضع لها العلاقات التعاقديــة بــصفة عامة ، سواء ما تعلق بعملية الانعقاد أو المسؤولية ، إلى أن تدخل المشرع الفرنسي لتنظيم أحكامه ، بباب مستحدث ، هو الباب رقم 08 مكرر Titre VIII bis تحت مسمى " عقد الترقية العقاريــة "Du contrat de promotion immobilière" متضمنا المواد من 1831-1 إلى 1831-5 أضيفت إلى المدونة المدنية ، بمقتضى

01- Liet – Veaux : Op.Cit, p 203 ; Saint – Alary : Op.Cit, p 36

02– عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 543.

03– أنظر فيما سبق، النص الفرنسي للمادة المذكورة ص 169 و 170، هامش 01.

و أنظر أيضا : : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph) :Op.Cit, p 511; Boubli : Op.Cit, p 58.

محمد ناجي ياقوت: المرجع السابق، ص 71 – عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 543.

04- V.Cass.Civ .08/03/1977.J.C.P 1978 -2-1845, obs : Meysson.

القانون رقم 579 لسنة 1971 في 1972/07/16 و اللذين جرى العمل بهما اعتبارا من 1972/12/31 .ثم تدخل المشرع الفرنسي لتعديل هذا العقد مرة أخرى ، لكن اقتصر هذا التعديل على مجال المسؤولية المدنية للمرقي العقاري فقط ،دون باقي جوانب هذا العقد .

و على ذلك فمسؤولية المرقي العقاري مرت بمرحلتين : مرحلة الخضوع للقواعد العامة في المسؤولية ، و هذه تخرج عن نطاق بحثنا .

و مرحلة التنظيم التشريعي لهذه المسسؤولية ، و داخل هذه المرحلة ، نلاحظ أن هناك طورين متتاليين ، أولهما : بالقانون رقم 579 لسنة 1971 المكمل بالقانون رقم 649 لسنة 1972 سالفي الذكر ، و ثانيهما القانون رقم 12 لسنة 1978 في 04 جانفي 1978 ، و هو ما سنحاول توضيحه كالتالي :

أ- مسؤولية المرقي العقاري في الفترة من 1972/12/31 إلى 19780/12/31:تقضي الجملة الثانية من المادة1831-1مدني مستحدثة بالقانون رقم 579 لسنة 1971 في 1971/07/16 سالف الذكر،بان(المرقي العقاري يضمن تنفيذ الالتزامات التي تكفل بها الأشخاص الذين تعاقد معهم باسم رب العمل) (1).و مقتضى هذا النص، أن المرقي العقاري يعتبر بمثابة كفيل لهؤلاء الأشخاص أمام رب العمل، فيما يتعلق بأدائهم لالتزاماتهم الناجمة عن العقود التي أبرمها معهم باسم هذا الأخير، بحيث يضمن له أداءهم لهذه الالتزامات على الوجه المرضي(2).

و توضيح ذلك : أن رب العمل عليه أن يرجع أولا على هؤلاء الأشخاص ، يستسقي حقه منهم ، كل في نطاق عمله ، فإذا ما استعصى عليه ذلك ، سواء من حيث الرجوع أو من حيث الاستيفاء ، كان له أن يرجع على المرقي العقاري ، باعتباره ضامنا لهم بمقتضى هذا النص (3).

01- أنظر فيما سبق، نص المادة باللغة الفرنسية، ص 181، هامش 01.

02- عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 546.

03-Roussel (A) et Collaborateurs :" Responsabilité et assurances des constructeurs ". Guide pratique et théorique. Paris, 1978, p 55.

و كذا تقضي الجملة الثالثة من ذات المادة، و المستحدثة بالقانون رقم 649 لسنة 1972 في 1972/07/11 سالفة الذكر بان (المرقي العقاري يضمن على وجه الخصوص العيوب الخفية في حدود الشروط المنصوص عليها بالمادتين 1792، 2270 من القانون المدني).

و بذلك يكون المشرع الفرنسي قد انتقل من مجال التعميم إلى مجال التخصيص ، فبعد أن جعل المرقي ، بالجملة الثانية من المادة1831-1، ضامنا لكل الالتزامات التي على كاهل الأشخاص المتعاقد معهم باسم رب العمل ، تطلب في الجملة الثالثة ضمانه ، على سبيل التخصيص ، لالتزام معين ، هو الالتزام بضمان العيوب الخفية ، و اقتضى أن يكون هذا الضمان في حدود الشروط المنصوص عنها بالمادتين 1792 ، 2270 مدني (1) ، فالالتزام بضمان العيوب الخفية هنا ، يتم طبقا لأحكام و شروط عقد المقاولة ، و ليس طبقا لأحكام و شروط عقد البيع (2).

و لقد أثارت هذه الجملة مشكلة في التفسير ، مؤداها : هل يجب على رب العمل الرجوع أولا على أولئك الأشخاص ، الذين تعاقد معهم المرقي ، فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية ، كما هو الحال لباقي الالتزامات المنصوص عنها بالجملة الثانية ، باعتبار أن المرقي العقاري في كلتا الحالتين مدين احتياطي عنهم ، أم أن رب العمل يستطيع أن يرجع بداءة على هذا الأخير ، فيعتبر بذلك مدينا أصليا فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية ، و مدينا احتياطيا فيما يتعلق بباقي الالتزامات.(3).

و يقرر Karila(4)أن القضاء لا يبدو أنه قد أتيحت له فرصة الفصل في هذا الأمر.

ب- مسؤولية المرقي العقاري اعتبارا من 1979/01/11 (4) : نصت المادة

01-V.En se sens : Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph) :Op.Cit, p 186.

حيث يريان : أن تدخل المشرع ، لا فائدة عملية منه ، بل أنه تسبب في مشكلة تفسيرية ، ذلك أن المرقي العقاري ضامن بمقتضى الجملة الثانية لكل الالتزامات ، بما في ذلك الالتزام بضمان العيوب الخفية .

02- محمد ناجي ياقوت: المرجع السابق، ص 547.

03- Malinvaud (Ph) et Jestaz (Ph) :Op.Cit, p 186 ; Roussel : Op.Cit, p 154.

04- Karila : Op.Cit, p 40.

- تاريخ بدء سريان القانون رقم 12 لسنة 1978 و الصادر في 04 يناير 1978

الخامسة من القانون رقم 12 لسنة 1978، على أن تستبدل بالجملة الثالثة من المادة 1831 – 1 مدني ، النص الآتي : (و يكون – المرقي العقاري – على وجه الخصوص مسؤولا عن الالتزامات الناتجة عن المواد : 1792 ، 1/1792 ، 2/1792 ، 3/1792 من التقنين المدني)(1).

و مفاد هذا النص المستحدث، أن المرقي العقاري أصبح ملتزما شخصيا – بمقتضى عقد الترقية العقارية الذي أبرمه مع رب العمل – بالالتزامات المنصوص عنها بالمواد 1792، 2/1792، 3/1792، و ليس مجرد ضامن أو كفيل فقط، كما كان الحال قبل ذلك.

و بذلك قضى المشرع الفرنسي بهذا النص على مشكلة التفسير التي ثارت بشأن هذه الجملة عند إدخالها بالقانون رقم 649 لسنة 1972 سالف الذكر ، و أصبح المرقي العقاري مسؤولا شخصيا أمام رب العمل عن تلك الالتزامات المنصوص عنها بالمواد 3/1792 من القانون المدني ، يقتضيها هذا الأخير منه شخصيا ، و دون التفات إلى ما إذا كان يوجد بينهما عقد مقاولة أم لا ، شأنه في ذلك شأن باقي المقاولين الذين سبق التعرض لهم . بل و حتى أن المشرع الفرنسي لم يتطلب ضرورة توافر شروط معينة حتى تقوم المسؤولية ، كما فعل بالنسبة للصانع مثلا .

04- تعقيبنا على مسلك المشرع الفرنسي : مما سبق ، يتضح لنا أن المرقي العقاري هو في الحقيقة مستثمر لأمواله في مجال التشييد و البناء . إما لحسابه الخاص و إما لحساب رب عمل، يبرم معه عقد ترقية عقارية، يباشر بمقتضاه عملية البناء و التشييد من جميع جوانبها، يقوم بتمويلها، و يبرم العقود والتصرفات القانونية اللازمة لتحقيقها ، و يقوم كذلك بكافة الإجراءات القانونية و الإدارية التي يتطلبها الحال إلى أن يسلم البناء ، أو المنشأ الثابت ، تام الإنجاز، خاليا من العيوب، للطرف الآخر معه في عقد التنمية العقارية ، أو أن يبيعه ، سواء تحت التشييد أو

01- Art 5 (L.78-12. 04 Jan .1978) : (La troisième phrase du premier alinéa de l'article 1831-1 du code civil est remplacée par les disposition suivantes :" il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792 , 1792-1 , 1792-2 et 1792-3 du présent code).

تام الإنجاز، إذا كان قد أقامه من الأصل لحسابه (1).

و عقد الترقية العقارية، بموضوعه هذا، لا يخرج عن أن يكون عقد وكالة مأجورة ، مختلطة بمقاولة، يقوم الممول العقاري بمقتضاه بمهامه سالفة الذكر ، فيكون بمثابة المشرف على عملية البناء ، من قبل رب العمل ، و الممول لها ، و يتقاضى مقابل ذلك الأجر المتفق عليه في العقد . و هذا هو التكييف الذي أسبغه عليه المشرع الفرنسي ذاته، حين تولى تعريفه و تنظيم أحكامه بالمادة 1831-1 مدني كما رأينا، حين وصفه بأنه وكالة ذات منفعة عامة Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun…(2).

و على ذلك فإن ما قيل بالنسبة للوكيل حين يباشر عملية التشييد و البناء ، باسم رب العمل و لحسابه ، تحت ستار عقد الوكالة المبرم بينهما ، يمكن أن يقال أيضا بالنسبة للمنمي العقاري ذلك أن الأمر لا يخرج عن إطار عقد وكالة بالنسبة للتصرفات القانونية التي يجريها المنمي العقاري لحساب رب العمل ، و عقد مقاولة بالنسبة للعملية التمويل و الأعمال المادية الخاصة بالبناء و التشييد التي يباشرها و التي يخضع بصددها لأحكام الضمان العشري ، و لو لم ينص المشرع الفرنسي صراحة على ذلك .

و نخلص هنا، أيضا ،إلى أن ما جاء به المشرع الفرنسي ، لا يتضمن توسيعا حقيقيا و فعليا للنطاق الشخصي المدين بأحكام الضمان العشري ، بل هو من قبيل التوسع الظاهر و ليس الحقيقي ، حيث تمخض هذا التدخل عن تقرير أمر كائن أجمع عليه كل من الفقه و القضاء من قبل .

ثانيا : في التشريع الجزائري : تعتبر مهنة المتعامل في إطار الترقية العقارية من المهن الحديثة في الجزائر ، و التي ظهرت بموجب القانون رقم:86-07 المؤرخ في 1986/03/04(3) ، أين كان يطلق لقب المكتتب على المتعامل العقاري غير أن هذا القانون ألغي بموجب المرسوم التشريعي 93-03 المذكور سابقا.

01- أنظر في هذا المعنى: عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق ، ص 562.

02- أنظر فيما سبق ص 187 : 188.

03- أنظر الجريدة الرسمية العدد 10، لسنة 1986.

و سنتناول المقصود بالمتعامل في إطار الترقية العقارية في التشريـــــــع الجزائري، و مدى خضوعه لأحكام الضمان العشري، مع بيان موقفنا مـــن اتجـــاه المشرع الجزائري في هذا الصدد، و ذلك كالتالي:

01- تعريف المتعامل في إطار الترقية العقارية:بـــالرجوع إلـــى المرســـوم التشريعي لا نجد أنه قد عرف المتعامل في إطار الترقية العقارية،غير أن المادة 02 منه قد حددت النشاطات التي يترتب على ممارستها اكتساب صفة المتعامل العقاري.

و بالرجوع إلى المادة 02 سالفة الذكر نجد أنها تقضي بما يلـــي : (يـــشمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في انجـــاز أو تجديـــد الأمـــلاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة .

يمكن أن تكون الأملاك العقارية المعنية محال ذات الاســـتعمال الـــسكني أو محـــال مخصصة لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري)(1).

و اعتبرت المادة 03 من ذات القانون كل من يمارس هذه النشاطات متعاملا في الترقية العقارية، و ذلك بنصها: (يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمـــارس النشاطات المذكورة في المادة 02 السابقة، متعاملا في الترقية العقارية.

و يعد المتعاملون في الترقية العقارية تجارا ، باستثناء الذين يقومون بعمليات في الترقية العقارية لتلبية حاجاتهم الخاصة أو حاجات المشاركين في ذلك).

و مما سبق يمكننا أن نعرف المتعامل العقاري بأنه كل شـــخص طبيعـــي أو معنوي يمارس نشاطا عقاريا يتمثل في إنجاز أو تجديد الأملاك العقاريـــة، بهـــدف بيعها أو إيجارها ، و سواء كانت هذه الأملاك مخصصة للاستعمال السكنـــــــي أو

01- و في هذا الصدد كانت المادة 02 من القانون رقم 86-07 تقضي بما يلي : (تستهدف الترقية العقاريـــة تطوير الأملاك العقارية الوطنية .

و تتمثل هذه الترقية العقارية في تكييف حسب الحاجات الاجتماعية في مجال السكن ، في بناء عمارات أو مجموعات تستعمل في السكن أساسا ، و تشمل بصفة ثانوية على محلات ذات طابع مهني و تجاري ، تقـــام على أراض خاصة أو مقتناة عارية أو مهيأة أو واقعة ضمن الأنسجة الحضرية الموجودة في إطار إعادة الهيكلة و التجديد .

و يمكن أن تخصص العمارات أو مجموعات العمارات المبنية في هذا الإطار، لسد الحاجات العائليـــة الذاتية، أو للبيع، أو للإيجار، و ذلك في إطار القوانين و التنظيمات المعمول بها و أحكام هذا القانون).

لممارسة نشاط حرفي، صناعي أو تجاري(1).

و يعتبر المتعامل في إطار الترقية العقارية بالشكل المذكور سالفا، تاجرا، يخضع لأحكام القانون التجاري، و يستثنى من ذلك الحالة التي يمارس فيها عمليات في الترقية العقارية لتلبية حاجات خاصة أو حاجات المشاركين في ذلك.(2)

و من خلال ما سبق، يتضح أن العقود التي يبرمها المعامل العقاري، تدخل ضمن طائفتين:

الأولى، تلك التي يبرمها مع المهندسين المعماريين و المقاولين ، للقيام بانجاز البناءات–إذا لم يقم بتلك المهمة بنفسه (3)– و هي تأخذ شكل عقود المقاولة . أما الثانية ، فهي التي يبرمها المتعامل العقاري مع المستفيد من البناء ، و هي حسب المادة 02 من المرسوم التشريعي 93–03 ، إما أن تكون عقود إيجار للبناءات المنجزة ، أو عقود بيع .

كما أجاز المشرع الجزائري للمتعامل في إطار الترقية العقارية أن يبيع لأحد المشترين بناية أو جزء من بناية قبل تمام الإنجاز ، بموجب صيغة تعاملية تجارية تتم ضمن ما يطلق عليه "عقد بيع بناء على تصميم" (4)، و هو ما قضت به المادة 09 من المرسوم التشريعي 93–03 بقولها : (يمكن للمتعامل في الترقية

01– أما القانون 86–07 فقد حدد قائمة الأشخاص المؤهلين للقيام بعمليات الترقية العقارية بموجب المادة 06 منه التي قضت بما يلي : (تتولى انجاز عمليات الترقية العقارية الهيئات و الأشخاص الآتية أوصافهم :

– الجماعات المحلية ن طبقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها.

– المؤسسات و المقاولات و الهيئات العمومية التي يخولها ذلك قانونها الأساسي.

– الخواص القائمون بالبناء الذاتي، سواء أكانوا فرادى أم منتظمين في تعاونيات عقارية.

– الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون الخاضعون للقانون الخاص ، غير الأشخاص المذكورين أعلاه.

يمكن لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية ، و المنشآت و المقاولات و الهيئات العامة و الخاصة ، أن يقوموا فرادى أو منتظمين في تعاونيات ، زيادة على الإطار الذي يوفره البناء الذاتي ، لسد حاجاتهم الذاتية ، بعمليات الترقية العقارية ، وفق أحكام تشريعية و تنظيمية خاصة تحدد في وقت لاحق .)

02–أنظر المادة 2/3 من المرسوم التشريعي 03/93.

03 – كما هو الشأن بالنسبة للشركات الكبرى المتخصصة في هذا المجال .

04– و قد كان القانون رقم 86–07 يطلق على هذا النوع من العقود، تسمية (عقد حفظ الحق) . أنظر المواد 29 و 30 من هذا القانون .

العقارية أن يبيع لأحد المشترين بناية أو جزء من بناية قبل إتمام الإنجاز ، شـــريطة تقديم ضمانات تقنية و مالية كافية كما تنص على ذلك المواد 10 و 11 و 17 و 18 أدناه، تستكمل صيغة المعاملة التجارية بعقد بيع بناء على التصاميم و تكون خاضعة للأحكام المنصوص عليها في هذا العقد) .

01- حدود خضوع المتعامل في إطار الترقية العقاريـــة لأحكـــام الـــضمان العشري : مرت مسألة خضوع المتعامل في إطار الترقية العقارية لأحكام الــضمان العشري في التشريع الجزائري ، بمرحلتين ، الأولى ، تتعلق بتلك التي سادت فيهـــا أحكام القانون 86-07 ، أم الثانية فتتعلق بمرحلة سريان المرســـوم التـــشريعـــــي 93-03 ، و سنتعرض لكل مرحلة كما يلي :

ا- مسؤولية المكتتب (1) في ظل أحكام القانون رقم 86-07 المؤرخ فـــي : 1986/03/04 : يعتبر المكتتب في ظل أحكام هذا القانون بائعا و ليس مقاولا ، فهو يقوم بعمليات البناء قصد البيع ، و يرتبط مع المشتري بعقد بيـــع و لـــيس بعقـــد مقاولة، و مع ذلك فقد أخضعه المشرع الجزائري إلى أحكام الضمان العـــشري ، و هو ما قضت به المادة 41 من القانون 86-07 المؤرخ في 1986/03/04 بقولها :

(يتحمل المكتتب بإحدى عمليات الترقية العقارية، طوال عشر سنوات، ابتداء من تسليم شهادة المطابقة، العيوب الخفية التي يتحملها أيضا المهندسون المعماريـــون أو المقاولون و الأشخاص الآخرون الذين يربطهم بصاحب الأشغال عقـــد إيجـــار العمل، و ذلك عملا بالمواد 140- الفقرة الأولى – و 554 و 564 مـــن القـــانون المدني) . و بتحليل هذه المادة يمكننا تقديم الملاحظات التالية :

– أن المشرع حمل المكتتب المسؤولية بموجب أحكـــام الـــضمان العـــشري بالرغم من أن العقد الذي يربطه بالمشتري هو عقد بيع لا مقاولة .

– المشرع أبقى على مسؤولية المهندس المعماري و المقاول طبقـــا لأحكـــام المادة 554 من القانون المدني ، في حالة ما إذا ارتبط معهم المكتتب بعقد مقاولة

01- أوردنا تسمية المكتتب بدلا من المتعامل في إطار الترقية العقارية، لأنه المصطلح الذي جاء بـــه القـــانون 86-07.

لإنجاز مشاريعه العقارية، و هو ما يجعلنا نتساءل عما إذا كان يتعين على المشتري الرجوع بموجب أحكام الضمان العشري على المكتتب مباشــرة، أم يتعــين عليــه الرجوع أولا على المقاول و المهندس المعماري اللذين ارتبط معهما المكتتب بعقــد مقاولة، باعتبار أن الحق في الضمان ينتقل إلى مشتري العقار.(1)

– المشرع أخذ بتاريخ تسليم شهادة المطابقة كنقطة لبدء سريان ميعاد العشر سنوات الخاصة بالضمان العشري بالنسبة للمكتتب ، و إن كان هذا المبدأ في حساب المدة سيقضي على إشكالية نقطة بداية سريان مدة الضمان العشري في حالة عــدم استعانة المكتتب بمقاولين أو مهندسين لإنجاز المشاريع العقارية ، إذ أنه فــي هــذه الحالة ،تنعدم واقعة التسليم التي تتخذ كنقطة بداية لحساب مهلة الضمان العــشــري (2). إلا أن هذا الحل التشريعي يثير مشكلة ازدواجية نقطــة بدايــة ســريان مــدة الضمان، و ذلك في حالة استعانة المرقي بمقاولين أو مهندسين معماريين، فالمهلــة بالنسبة للأول تبدأ من تاريخ تسليم شهادة المطابقة، أما بالنسبة للآخرين فتكون مــن تاريخ تسليم الأعمال. و بالتالي تختلف نقطة بداية و انتهاء أجل العشر سنوات فــي كلتا الحالتين.

– المشرع حمل المكتتب المسؤولية بموجب أحكام الضمان العشري سواء أكان البيع قد تم قبل البدء في إنجاز البناء أو بعد إتمام الإنجاز .

ب– مسؤولية المتعامل في الترقية العقارية في ظل القــانون رقــم 93–03 المؤرخ في 1993/03/01و المتعلق بالنشاط العقاري (3):

أجاز المشرع الجزائري للمتعامل في إطار الترقية العقارية أن يبيع لأحــد المشترين بناية أو جزء من بناية قبل تمام الإنجاز، و في هذه الحالة يطلق على العقد المبرم " عقد بيع بناء على تصميم.

فإذا كانت المباني التي أنجزها المتعامل العقاري موجهة للبيــع، فإنــه فــي علاقته بالمشتري يعتبر بائعا و ليس مقاولا، و هو ما يفتح المجال للتساؤل حول

01– انظر فيما بعد ، ص 227 من هذا البحث .

02– أنظر المادة 01/554 من التقنين المدني الجزائري .

03– أنظر في ذلك : رسالة الماجستير المنجزة من طرفنا سالف الإشارة إليها : ص 34 : 37 .

مدى خضوعه في هذه الحالة لأحكام الضمان العشري ؟.

تضمنت الإجابة عن هذا التساؤل المادة 02/08 من المرسوم التشريعي 93-03 سالف الذكر بقولها : (قبل أي تسليم بناية إلى المشتري ، يتعين على المتعامل في الترقية العقارية أن يطلب من المهندسين المعماريين و المقاولين المكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تأمين تحملهم المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عليها في أحكام القانون المدني ، لا سيما المادة 554 منه ، و طبقا للقانون المتعلق بالتأمينات لاسيما مواده من 94 إلى 99 .

تبلغ نسخة التأمين المذكورة في الفقرة السابقة إلى المشترين يوم حيازة ملكية البناية كأقصى أجل .

و إن لم يكن ذلك ، يحمل المتعامل في الترقية العقارية المسؤولية المدنية زيادة عل ى الأحكام التي ينص عليها القانون في هذا المجال) ، و بتحليل معاني هذه المادة ، نستشف الكثير من الغموض ، و بيان ذلك الحالتين التاليتين :

الحالة الأولى : إذا استعان المتعامل في الترقية العقارية في إنجازه مشاريع البناء الموجهة للبيع، بمقاولين و مهندسين معماريين، بموجب عقود مقاولة تربطه بهم ، ألزمه المشرع بموجب أحكام المادة 08 سالفة الذكر ، أن يطلب منهم شهادة تأمين تحملهم المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عنها في أحكام المادة 554 من القانون المدني نعلى أن تبلغ نسخة التأمين المذكورة إلى المشترين يوم حيازة ملكية البناية كأقصى حد ، و في حالة إخلال المتعامل في الترقية العقارية بهذا الالتزام يحمل المسؤولية المدنية .

و هو ما يستشف منه أن المتعامل في إطار الترقية العقارية يحمل المسؤولية بموجب أحكام الضمان العشري استثناء فقط ، في حالة الإخلال بالالتزام الذي فرضه عليه المشرع ، و المتعلق بضرورة إلزام المقاول و المهندس المعماري بالتأمين على مسؤوليتها العشرية (1).و هو ما يثير التساؤل ، حول ما إذا كان

01- على خلاف ما كان عليه الأمر في القانون 86-07 ، أين كان يحمل المكتتب المسؤولية بموجب أحكام الضمان العشري بصفة أصلية لا استثنائية .

المتعامل العقاري يعتبر في هذه الحالة كفيلا بالنسبة للمهندس المعماري و المقـاول فيما يتعلق بمسؤوليتهما المدنية، و بالتالي يتعين على مشتري العقار أن يرجع علـى المهندس المعماري و المقاول أولا ، و في حالة عجزهما عـن تنفيـذ الالتزامـات الناتجة عن مسؤوليتهما المدنية يرجع على المتعامـل العقـاري ، أم أن المهنـدس المعماري و المقاول إذا لم يؤمنا على مسؤوليتهما المدنية أعفيـا منهـا و تحملهـا المتعامل العقاري نيابة عنهما كجزاء له .و في حالة ما إذا كان قصد المشرع هـذا الاحتمال الأخير، يطرح التساؤل أيضا حول نقطة بداية سـريان مهلـة الـضمان العشري ، باعتبار المتعامل العقاري يتعامل مع المشتري بصيغة البيع ، فهل هـي تاريخ تسليم شهادة المطابقة (1) ، أم تاريخ تسليم الشيء المبيع ؟.

الحالة الثانية : أما إذا تولى المتعامل العقاري إنجاز المباني بنفـسه ،أي دون أن يرتبط مع أحد بعقد مقاولة ، ثم تصرف في هذا البناء بالبيع ، فهل يكون مسؤولا عن عيوب هذا البناء وفقا لأحكام الضمان العشري المنصوص عنها في المادة 554، و ذلك باعتباره معماريا ، أم وفقا لضمان العيوب الخفية للبائع المنصوص عنها في المادة 378 و ما بعدها من التقنين المدني الجزائري، و ذلك باعتباره بائعا ؟ .

بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تعرضت لأحكام الضمان العشري ، لا يوجـد ما يستشف منها خضوع البائع لهذه الأحكام ، لعدم وجود نص صريح يحمل البـائع في هذه الفرضية المسؤولية العشرية في مواجهة المشتري من جهة ، و عدم وجود عقد مقاولة يربطه بالمشتري أو بمقاول أو مهندس معماري من جهة سالف الذكر .

إذن، و من خلال ما سبق، يمكن القول أنه لو تولى المتعامل فـي الترقيـة العقارية إنجاز المباني كما هو الغالب في الحياة العملية ، فإنه لا يكـون مـسؤولا طبقا لأحكام الضمان العشري في مواجهة المشتري ، و هذا ما لم يقصده المـشرع الجزائري في رأينا ، فالمتعامل العقاري يعتبر مهنيا محترفا يتعامل مـع أشـخاص يجهلون فن البناء و التشييد ، و هي اعتبارات كافية لاتجـاه إرادة المـشرع إلـى حمايتهم عن طريق استفادتهم من أحكام الضمان العشري .

01- كما كان عليه الوضع في قانون 86-07، أين كانت المادة 41 منه تقضي بأن مهلة الضمان العشري تبـدأ النسبة للمكتتب من تاريخ تسليم شهادة المطابقة.

و لأجل ذلك ، و سدا للثغرات ، و إبعاد لكل غموض ، و ضـــمانا لتحقيــق الحماية القانونية التي ابتغاها المشرع ، نرى انه من الضروري إعادة صياغة المادة 08 من قانون الترقية العقارية ، بالنص صراحة على خضوع المتعامــل العقــاري لأحكام الضمان العشري بالإضافة إلى المهندس المعماري و المقاول ، ســواء قــام بنفسه بإنجاز المباني او كلف مشيدين آخرين بإنجازها ، كما يتعين تحديــد تــاريخ بداية مهلة العشر سنوات بالنسبة للمتعامل العقاري في كل الحالات.

الفرع الثامن: معماري المنزل الشخصي (الخاص): تقضي المادة 6 القانون رقم 12 لسنة 1978(1) سالف الذكر، بأن المقطع الأول من المادة 45 من القانون رقم 579 لسنة 1971 في 16 /1971/07، و المتعلق بالعمليات المختلفــة للبنــاء يكمل بالفقرة الآتية: " الشخص المذكور بالفقرة الأولى أعلاه (أي مــن المــادة 45 سالفة الذكر) يعتبر مشيدا لعمل في مفهوم المادة 1/1792 من التقنين المدني)(1).

و التعرض لبيان مدى تطبيق أحكام الضمان العشري محل الدراسة، على هذا النوع من المعماريين، يقتضينا أولا بيان متى يعتبر الــشخص مــن معمــاري المنــازل الشخصية أو الخاصة، حتى يخضع لأحكام هذا الضمان العشري. و في هذا الصدد تقضي المادة 45-1 من القانون رقم 57 9 لسمة 71 في 1971/07/16 بأن : (كل عقد ، غير عقد التمويل العقاري ، المنصوص عليه في الباب الرابع من هذا القانون ، يلتزم بمقتضاه شخص بتشييد عقار للاستعمال السكني ، أو المهنى و السكنى ، لا يتضمن إلا سكنا شخصيا واحدا فقط ، و طبقا للتصميم أو الرسم ، الــذي يعرضــه بنفسه أو بواسطة الغير على رب العمل، يجب أن يحتوى على البيانات الآتية)(2).

01- Art .6(L.78-12, 4 jan.1978) : Le paragraphe 1 de l'article 45 modifiée de la lain 71-579 du 16 /07/1971 relative à diverses opérations de construction est complété par nouvel alinéa suivant

" La personne mentionnée au premier alinéa ci – dessus est réputée constructeur de l'ouvrage au sens de l'article 1722-1 du code civil")

02-Art 45-1 (L.71-579 du 16/07/1971) (Tout contrat autre que celui visé au titre IV de la présente loi par lequel une personne se charge de la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation ne=

لذلك، سنتناول تعريف معماري المنزل الشخصي، حدود خضوعه لأحكام الضمان العشري، و أخيرا تعقيبنا على مسلك المشرع الفرنسي في هذا الصدد.

أولا: تعريف معماري المنزل الشخصي: يتضح من هذا النص ، أن معماري المنزل الشخصي (الخاص) هو ذلك الشخص الذي يرتبط مع رب العمل بعقد تشييد منزل شخصي (1) ، يلتزم بمقتضاه ، أن يشيد لهذا الأخير منزلا خاصا ، للاستعمال الخاص ، سواء السكنى فقط ، أو السكني و المهني معا ، بحيث لا يحتوي العقار المتعاقد على تشييده على أكثر من سكن (منزل) واحد ، و أن يتم طبقا للرسومات و التصميمات التي يعرضها هذا المعماري بنفسه أو بواسطة الغير ، على رب العمل . و يكون على أرض مملوكة لهذا الأخير نفسه، و ليس على أرض مملوكة للمعماري، حتى يتميز بذلك عن بائع العقار تحت التشييد.

ثانيا : مدى خضوع معماري المنزل الشخصي لأحكام الضمان العشري :

و معماري المنازل الشخصية بهذا الوصف ، رغم أن المادة 45 من القانون رقم 579 لسنة 71 قد نظمت أحكام عقده ، الذي يبرمه مع رب العمل ، لكن لم يتضح منها صراحة ، أنها جعلته خاضعا لأحكام الضمان العشري الخاص بالمعماريين ، إلا أن المرسوم رقم 1239 لسنة 1972 الصادر في 29 /1972/12، بتطبيق نص المادة 45 سالفة الذكر ، قد أحال في الفقرة الثانية من المادة 11 منه إلى أحكام هذه المسؤولية ، مما جعل البعض يعتبر أنه منذ تاريخ سريان هذا المرسوم و هو 1972/12/31 ، يخضع هذا النوع من المشيدين لأحكام الضمان العشري (2).

إلا أنه بصدور القانون رقم 12 لسنة 1978 في 1978/01/04 تبدد كل لبس أو غموض في هذا الشأن، حيث نص صراحة – كما رأينا – في المادة السادسة سالفة الذكر، منه ، على اعتبار معماري المنازل الشخصية (الخاصة) مشيدين لعمل

---

comportant qu'un seul logement d'après un plan qu'elle a proposé ou fait proposer au maître de l'ouvrage doit comporter les énonciation suivants…)

01- أنظر في الفرق بين هذا العقد و غيره من عقود المعماريين، الأعمال التحضيرية للقانون رقم 12 لسنة 1978 Intervention de M-Matieu J.O.D.A.N 19 déc.1977 p.988 .

و أنظر أيضا : Boubli : Op.Cit, 58 ; Pigot : Op.Cit, p 39 .

02- Pigot : Op.Cit, p 39.

ي مفهوم المادة 1/1792 (02)، بمعنى أنهم يخضعون ككل مشيد عمل – لأحكام الضمان العشري الخاص بالمشيدين متى توافرت شروط تطبيقه عليهم (1).

ثالثا:تعقيبنا على مسلك المشرع الفرنسي:و هذه الحالة أيضا ، ليس فيها– في تقديرنا– من جديد،ذلك أن هذا المعماري الذي يمتهن هدا النوع من البناء ، و بنـــاء المساكن الشخصية ، او الفيلات الخاصة في فرنسا ، لا يخرج عن إحدى الحالتين :

الحالة الأولى: أن يبني لحسابه الخاص، كي يقوم ببيع ما بني لحسابه الخاص أيضا،و في هذه الحالة يسري عليه ما يسري على بائع العقار حديث البناء من أحكام، سواء كان البيع و العقار تحت التشييد بعد، أم بعد تمام إنجازه. الحالتان، سبق و أن تعرضنا لهما.

الحالة الثانية : و هي أن يشيد هذا المعماري المسكن الخاص أو الفيلا لحـــساب رب عمل ، أسند إليه مهمة الإنشاء و التشييد ، فيكون ، في هذه الحالة ، معماريا عاديا ، تسري عليه أحكام الضمان العشري ، سواء كان مهندسا معماريا ، أو مقـــاولا ، أو غير ذلك من الفنيين ، الذين يمتهنون عملية التشييد و البناء ، و لا يهـــم فـــي ذلـــك وصف العقد ، فيما بينهما ، على أنه عقد تشييد مساكن خاصة ، فهو فـــي حقيقتـــه عقد مقاولة ، و إن كانت صغيرة(2).

و على ذلك، فإن معماري المساكن الخاصة كان في كلتا الحـــالتين خاضـــعا لأحكام الضمان العشري، و نص المشرع الفرنسي صراحة على إخضاعه لأحكـــام الضمان العشري، لم يكن ليضيف جديدا، بل هو لا يتعدى تقريرا لوضـــع قـــائم. و بذلك فلم يكن تدخله هذا ليضيف اتساعا جديدا و حقيقيا في الأشخاص المـــدينين أو المسؤولين بأحكام هذا الضمان ، بل هو من قبيل الإضافة الظاهرية فقط .

و مع ذلك، فإن هذا التعديل،لا يخلو من الفائدة و إن لم تكن مباشرة،فهو مـــن بـــاب اقتفاء الأثر القائل"قطعت جهيدة قول كل خطيب"،و بذلك يرفع عن كاهـــل القـــضاء المثقل عبء تكييف هذه العقود،نظرا لاختلاف مسمياتها التي يصفها بهاالأفراد (3).

01-Boubli : Op.Cit, p 193.

02– عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 564.

03– عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 565.

المبحث الثاني: الأشخاص المستفيدون من أحكام الضمان العشري

الضمان العشري تقرر لحماية رب العمل ، و لكن و لما كان المال في حالة حركة ، فإن ما يترتب عن ذلك بطبيعة الحال إمكانية انتقال ملكية العقار الـــذي تـــم تشييده ، من ذمة رب العمل الذي شيد البناء ، أو أقيم المنشأ الثابت لحسابه إلى ذمة أخرى ، بأي طريقة من طرق انتقال الملكية المعروفة ، و المالك الجديد لا يخـــرج عن إطار إحدى الطائفتين : الخلف العام أو الخلف الخاص.
فهل يبقى الضمان العشري بالرغم من ذلك يثقل كاهل المـــدين بـــه لمـــصلحة رب العمل، أم يتحول إلى من انتقلت إليه ملكية البناء أو المنشأ الثابت من رب العمل ؟.

كذلك، هل يمكن القول، بأن التوسع الذي استحدثه المـــشرع الفرنـــسي – و الجزائري في حالات معينة – في الأشخاص الخاضعين لأحكام الضمان العـــشري، كانت له أصداؤه، أيضا، على الأشخاص المستفيدين من تلك الأحكـــام ذاتهـــا ؟ ، و بعبارة أخرى ، هل اتسع نطاق المستفيدين من أحكام هذا الضمان تبعا لاتساع نطاق المسؤولين ؟.

و للإلمام بكل ذلك ، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي :

المطلب الأول: رب العمل و خلفه.

المطلب الثاني: أثر التطور التشريعي على النطاق الشخصي المستفيد من أحكام الضمان العشري.

المطلب الأول

رب العمل و خلفه

رب العمل و خلفه – العام و الخاص– هم المستفيدون التقليديون من أحكـــام الضمان العشري – على مستوى التشريعين الجزائري و الفرنسي – منذ قيامـــه و حتى عهد قريب .

و منهجية البحث تتطلب دراسة كل منهما في فرع مستقل، يكون الأول لرب العمل، في حين نخصص الثاني لخلفه.

الفرع الأول: رب العمل (1):

نعرض في هذا الفرع – إن شاء الله– لبيان من هو رب العمـــل ، و لمـــاذا تقرر الضمان المشدد لصالحه و ما شروط استفادته منه .

أولا: رب العمل المقصود حمايته بالضمان العشري: الأصل أن رب العمل المعني بأحكام الضمان العشري، هو ذلك الشخص الذي يشيد البناء أو المنشأ الثابت لصالحه، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، عاما أو خاصا (2).

أما في التشريع الجزائري، فإن رب العمل أطلق عليه مـــصطلح "صـــاحب المشروع" و عرفته المادة 07 من المرسوم التشريعي 07/94 المتعلق بتنظيـــــــم

01- يجب عدم الخلط بين لفظ (رب العمل) Le maître de l'ouvrage و هو من يتم العمل لحسابه، و لفظ Le maître d'œuvre و هو المهندس المعماري في مفهوم المرسوم التشريعي 94-07.

02- Boubli : Op.Cit, p.65. . Malinvaud et Jestaz :Op .Cit , p 70 .

و من أحكام القضاء : C.E.06/02/1981 ; Rec 1969, p 881.

و انظر في تعريفه لائحيا :

Norm A.F.N.O.R (Association française de normalisation : p 03,001 de nov.1972.

" Le maître de l'ouvrage est la personne Physique ou morale…pour le comte de qui les travaux (ou ouvrage) son exécutés"

مهنة المهندس المعماري بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول بناء ما يقع على قطعة أرضية يكـون مالكهـا أو يكـون حائزا حقوق البناء عليها ، طبقا للتنظيم و التشريع المعمول بهما ".

و قد يكون رب العمل طبقا لما سلف، شخصا طبيعيا كفرد معين، أو شخصا معنويا ، كشركة أو مؤسسة أو جمعية ، كذلك قد يكون شخصا من أشخاص القانون الخاص ، كفرد ، أو شركة عقارية تجارية أو مدنية ، أو شخـصا مـن أشـخاص القانون العام ، كالدولة أو مؤسسة أو هيئة عامة أو مجلسا من المجالس المحلية (1).

ثانيا : الحكمة من استفادة رب العمل من أحكـام الـضمان العـشري : رب العمل ، في عقد المقاولة المبرم بينه و بين مؤجر العمل ، مهندسا معماريا كـان أو مقاولا ، أو غيرهما من الفنيين المشاركين في عملية التشييد و البناء ، و هـو كمـا سبق و أن أشرنا ، الذي تتم هذه العملية لحسابه باعتباره مالك البنـاء المقـام ، أو المنشأ الثابت الذي تم تشييده . و حدوث تهدم في هذا أو ذاك ، أو ظهور عيب فـي أي منهما ، يترتب عليه تهديد متانة البناء و سلامته ، أو يجعله غير صالح للغرض الذي أنشئ من أجله ، لا شك إنما يعود ضرر ذلك كله مباشرة على رب العمل ، و هو الذي يتحمله دون غيره ، لذلك لزم تحقيقا للعدالة أن يكون هو المستفيد الأساسي من أحكام هذا الضمان ، فيرجع بضمانها على المشيدين المساهمين في عملية البناء و التشييد تبعا لظروف الحال (2).

01- عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 574.

Boubli : Op. Cit , p 194 .

و يشير سيادته إلى ما يقضي به القضاء الفرنسي ، حين يكون رب العمل شركة مدنيـة عقاريـة ، مـن عـدم الاعتراف لها بصفة المطالبة بتعويض الضرر الذي يلحق الجزء من العقار الذي يختص أحد الشركاء بتملكـه ، في حين يقضي بأن الشريك في شركات البناء لا يكون بإمكانه ، إذا لم يكن قد لحقه ضرر شخصي من جـراء العيوب التي ظهرت في المبنى ، أن يرفع دعوى الضمان العشري .

02- العطار : تشريعات تنظيم المباني و مسؤولية المهنـدس و المقـاول ، ط 1972 ، القـاهرة ، ص 128- ياقوت ، المرجع السابق ، ص 73 – و انظر من الفقه الفرنسي :

Boubli :Op.Cit , p 201.

فرب العمل هو دائما المستفيد الأساسي من أحكام الضمان العشري، سواء في القانون الجزائري، أو في القانون الفرنسي بمختلف تعديلاته (1).

ثالثا : لماذا كان رب العمل هو المستفيد الاول من احكام الضمان العشري :

رب العمل هو المتعاقد الآخر ، في عقد المقاولة المبرم بينه و بين المهندس المعماري أو المقاول و غيرهما من الفنيين المشاركين في عملية التشييد و البناء .

و هو – كما قلنا – الذي تتم هذه العملية لحسابه ، باعتباره المالك للبناء المقام ، أو المنشأ الثابت الذي تم تشييده ، و ظهور تهدم في هذا أو ذاك ، أو ظهور عيب في أي منهما ، يترتب عليه تهديد صلابة البناء و سلامته ، أو يجعله غير صالح للهدف الذي أنشئ من أجله ، لا شك إنما يعود ضرر ذلك كله مباشرة على رب العمل ، و هو الذي يتحمله دون غيره ، لذلك لزم عدالة أن يكون هو المستفيد الأساسي من أحكام هذا الضمان الخاص ، فيرجع على المعماريين المساهمين في عملية البناء و التشييد أو تبعا لظروف الحال ، و هكذا الغرم بالغنم (2).

فرب العمل هو دائما المستفيد الأساسي ، بأحكام هذا الضمان ، سواء في القانون الجزائري ، أو في القانون الفرنسي بمختلف تعديلاته .

رابعا :شروط استفادة رب العمل من أحكام الضمان العشري : يستشف من التعريف القانوني سالف الذكر لرب العمل ، انه لإعطاء هذا الوصف (3)، يلزم توافر أمرين :

01–أن يكون الشخص مالكا للأرض التي يقام عليها البناء، أو يشيد فوقها المنشأ الثابت، أو على الأقل حائزا حق البناء عليها لحسابه (4).

01– أنظر المادة : 554 من القانون المدني الجزائري ، و المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي منذ صياغتها الأولى بمدونة نابليون سنة 1804 ، ثم التعديل الذي تم بقانون 03 جانفي 1967 ، و أخيرا التعديل الشامل بالقانون 12 لسنة 78 في 1978/01/04.

02– محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 73 – السنهوري : المرجع السابق ، ص 273 .

و من الفقه الفرنسي :

Boubli : op .cit ;p201 .

03– رب العمل أو صاحب المشروع طبقا للمادة 07 من المرسوم التشريعي 94–07 .

04– أنظر في هذا المعنى : السنهوري ، المرجع السابق ، ص 273.

02- أن يمتلك صلاحية و سلطة تكليف شخص آخر بإنجاز البناء أو تحويله.

و لا يشترط أن يكون رب العمل هو الذي أبرم عقد المقاولة باسمه، إنما يجوز أن ينوب عنه في ذلك شخصا آخر بموجب وكالة خاصة، يستوى أن تكون صريحة أو ضمنية (1).

و يترتب عن ذلك و طبقا للقواعد العامة في عقد الوكالة، أن آثار التصرفات التي يبرمها الوكيل تنصرف مباشرة – سلبا أو إيجابا – إلى الموكل، و كأنه هو الذي قد أجراها بنفسه (2). و على ذلك فإن الحق في الضمان يكون لرب العمل، باعتباره أثرا من آثار عقد المقاولة الذي أبرمه الوكيل عن رب العمل (3).

أما إذا كان رب العمل قد فقد صفته هذه بأي سبب من أسباب فقدها، كأن يكون قد باع العقار لغيره، أو وهبه، أو تنازل عنه، أو غير ذلك من أنواع التصرفات التي تنقل ملكية العقار من رب العمل إلى آخر ، فإنه يكون قد فقد صفته كرب عمل ، و بالتالي فلا يستطيع رفع دعوى الضمان العشري (4).

كما قد يفقد رب العمل صفته هاته ، بالتسليم النهائي للأعمال ، و ذلك في حالة أن يكون العقار غير مشيد لحسابه فعلا ، و إنما هو يتولى فقط عملية تشييده ، ثم يقوم بعد ذلك بتوزيعه على أعضائه (5). و مثال ذلك حسب اتجاه القضاء الفرنسي:

- الشركات التعاونية للبناء Société coopératives de reconstruction (6).

01- V. Mazeaud: Op.Cit, p 165.

02- السنهوري ، الوسيط ، ج 01 ، ص 14.

03- د. شنب ، شرح أحكام عقد المقاولة ، ص 124 –انظر كذلك : السنهوري ، المرجع السابق ، ص 11 – ياقوت ، المرجع السابق ، ص 73.

04- عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 576.

05- أنظر في هذا المعنى: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 197.

06- و هذه في فرنسا تعتبر من أشخاص القانون العام، و الأعمال التي تمارسها تعتبر أشغالا عامة، أنظر في ذلك: Caston : Op.Cit, p 165. و يشير في الهامش رقم : 03 إلى حكم محكمة التنازع في 1955/03/28.
و أنظر من أحكام القضاء : Cass.civ.14/11/1970, Bult 1970-3, N 611. .

- الجمعيات النقابية للبنـــاء Association syndicale de reconstruction (1).

فهذه تعتبر أشخاصا اعتبارية تتمتع بصفة رب العمل طيلة فترة التـــشييد ، و حتـــى تمام التسليم النهائي للإعمال التي تم تشييدها ، و من لحظة هذا التسلم تفقد صـــفتها كرب عمل ، بحيث لا تستطيع أن تباشر دعوى الضمان العشري (2) ضد من ساهم من المشيدين في عملية التشييد (3)، في حين تكون مباشـــرة هـــذه الـــدعوى مـــن اختصاص الأعضاء الذين تم توزيع هذه العقارات عليهم ، فهم الذين تكون لهم صفة رب العمل بتوزيع العقارات عليهم و تملكهم لها .

على أن تصرف رب العمل في جزء شائع من العقار، بأي تصرف من أنواع التصرفات، لا يسقط عنه صفة رب العمل، و بالتالي حقه في الضمان عند تـــوافر شروطه ، ذلك لتعلق ملكيته على الشيوع للجزء الباقي له من العقار بالعقار كلـــه ، في حين انه لو انصب تصرفه على جزء مفرز من هذا العقار ، فـــإن صـــفة رب العمل تزول عنه بالنسبة لهذا الجزء المفرز الذي تصرف فيه ، و بالتالي فلا يحـــق له المطالبة بالضمان عند تحقق السبب المقتضى له بهذا الجزء المفرز الذي تصرف فيه (4).

01- Cass.Civ.III, 23/02/1968, Bult .civ.III, n 77, cité par : Liet –Veaux : Responsabilité décennal et biennal, J.C. Res.civ, fasc355-41-1990, n168.

V.aussi : Moderne (E) : Les rapports entre responsabilité contractuelle, responsabilité décennale et responsabilité extra- contractuelle .D.1971, p.267 et s.

02- و لا الضمان الثنائي في التشريع الفرنسي

03- V.Cass.Civ 14-11-1970 ; Bult 1970-3 , N 611 .

أشار إليه : محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 189 ، هامش 19

04- و ذلك تطبيقا للقواعد العامة في الملكية على الشيوع ، انظر في ذلك : عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 579.

عبد الرازق محمد ياسين : المرجع السابق ، ص 579.

رابعا : مدى اعتبار المقاول الأصلي رب عمل بالنسبة للمقاول من الباطن :

في هذا الصدد يمكننا أن نتساءل عما إذا كان يمكن اعتبار المقاول الأصلي رب عمل بالنسبة للمقاولين المتخصصين، الذي يعهد إليهم من باطنه، بكل صفقة، أو بجزء منها، بحيث يستطيع أن يرجع عليهم بدعوى الضمان العشري ؟.

المقاول الأصلي، و إن كان يعتبر رب عمل بالنسبة للمقاولين من الباطن (1) ، و ذلك بمقتضى عقد– أو عقود – المقاولة من الباطن المبرم بينهم ، إلا أن هذا في الحقيقة من باب المجاز القانوني ، ذلك أن رب العمل الحقيقي بالمفهوم الذي عرفناه به ، هو ذلك الذي يقام البناء أو يشيد المنشأ الثابت لحسابه فعلا ، أو بعبارة أخرى هو المالك الحقيقي لذلك البناء أو المنشأ الثابت الذي تم تشييده .

و لما كان المقاول الأصلي – بداهة – ليس على هذه الصفة، إذ أنه ليس هو المالك الفعلي و الحقيقي للبناء ، أو المنشأ الثابت ، الذي عهد بتنفيذه كليا أو جزئيا إلى المقاول – أو المقاولين – من الباطن بمقتضى عقد المقاولة من الباطن ، فإنه لا يستطيع أن يطالب بالحق في الضمان العشري ، ضد المقاول من الباطن ، إذا ما حدث التهدم أو ظهر العيب المعتبر في البناء ، أو في الجزء الذي قام هذا الأخير بتنفيذه (2).

و هذا ما تبناه المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 554 مدني، حيث قضى صراحة بعدم سريان هذه المادة على ما قد يكون للمقاول الأصلي من حق الرجوع على المقاولين من الباطن (3).

و لعل ما حدا المشرع الجزائري في ذلك ، اعتبار كل من المقاول و المقاول من الباطن متساويين من الناحية الفنية ، فليست إذن هناك حاجة لاستحداث مسؤولية استثنائية بينهما .

01– محمد ناجي ياقوت ن المرجع السابق ، ص 84. أنظر أيضا من الفقه الفرنسي :

Planiol et Ripert :Op.Cit, p 153.

02– شنب ، المرجع السابق ، ص 125.

03– تقضي المادة 03/554 بما يلي: (و لا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين).

إلا أننا نرى من جانبنا، أن التطور الهائل الذي عرفه فن البناء ، و الذي يسير بصورة كبيرة نحو التخصص ، و ضخامة المشاريع في هذا الصدد ، التي قد تصل إلى مدن كاملة ، قد وضع موضع الشك إمكانية تساوي المقاول الأصلي و المقاول من الباطن ، من الناحية الفنية ، مساواة تنعدم معها الحاجة إلى استحداث مسؤولية استثنائية فيما بينهم ، كما أننا نكاد نجزم أن ما ستأتي به سوق البناء مستقبلا ، من إغراق في التخصص و تنوع و تباين في مختلف الفنون بهذا المجال ، أن المقاول الأصلي لا يكاد يختلف كثيرا عن رب العمل العادي ، من حيث مستواه الفني ، بالنسبة للمقاول من الباطن ، المتخصصين في مجالاتهم المختلفة .

و على ذلك فإننا نرى أن الدوافع التي حدت بالمشرع إلى تقرير هذه الحماية القانونية الاستثنائية لرب العمل ، لكافية بذاتها لأن تدفع مشرع اليوم لتقرير نفس هذه الحماية الاستثنائية بالنسبة للمقاول الأصلي ، ضد المقاول من الباطن ، بحيث يستطيع أن يرجع على هذا الأخير بدعوى الضمان العشري ، متى توافر سبب هذا الرجوع .

أما في الجانب الفرنسي ، فإنه و إن كان القانون المدني هناك ، لم يتضمن نصا مماثلا لنص المادة 03/554 مدني جزائري سالفة الذكر ، يقضي بعدم سريان أحكام الضمان العشري ، على المقاولين من الباطن ، إلا أن غالب الفقه و القضاء هناك على هذا الرأي (1) ، و لقد أكد المشرع الفرنسي من جانبه هذا الرأي الغالب، و ذلك بمفهوم المخالفة للمادة 1792-01 التي استحدثها بالقانون رقم 12 لسنة 1978 في 1978/01/04 ، حيث ذكر فيها من يعتبر معماريا مشيدا لعمل ، يخضع

01- V.en se sens : saint-mourice (B) : La responsabilité des architectes et entrepreneurs après les travaux, thèse Grenoble .1940, p 97. Taffo (R) : Les rapport entre le sous traitant , le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal dans l'ordre interne français et dans les relation internationales, thèse, paris, 1981 , p 178 et s.

و من القضاء أنظر أيضا :

Cass.Civ.III, 15 /02/1983; Bult .Civ.III.1984, n 44.

لأحكام الضمان العشري، دون أن يذكر المقاول من الباطن، ضمن من أدرجهم بهـا (1)، مما يستفاد منه أن هذا الأخير لا يخضع لأحكام هذا الضمان(2).

الفرع الثاني: خلف رب العمل

خلف رب العمل لا يخرج عن إحدى الطائفتين، إما أن يكون خلفا عامـا أو خلفا خاصا ، غير أنه و أمام ظهور ما يسمى "البيع الإيجـاري " – La location Vente ، و حالة الملكية المـشتركة أو ملكيـة الطبقـات أو الأجـزاء منهـا " la copropriété " ، التي استحدثتها التعديلات التشريعية في كـل مـن الجزائـر و فرنسا، كان و لا بد من التطرق إلى أثر هذه الصيغ على المـستفيدين مـن أحكـام الضمان العشري .

لذلك تستلزم دراسة هذا الفرع تقسيمه إلى ثلاث جزئيات ، أولهمـا يكـون للخلف العام، ولثانيها للخلف الخاص ، أما الثالث فارتأينا عنونته بحالات تطبيقية .

أولا : الخلف العام Ayant cause universel ou à titre universe (3)

بعد أن تطرقنا في الفرع السابق ، إلى انصراف الحق في الضمـان

01- راجع فيما سبق نص المادة 1792-01 ، ص 162 .

02- و من الجدير بالذكر أن نشير هنا أن الرأي الغالب في الفقه و القضاء البلجيكي ، يـذهب إلـى إخـضاع المقاول من الباطن في العلاقة فيما بينه و بين المقاول الأصلي ، لأحكام مسؤولية المشيدين ، معتبرا هذا الأخير رب عمل بالنسبة له ، له كافة حقوق رب العمل ، قبل المقاول المتعاقد معه ، بمعنى أن يكون بمكنـة المقـاول الأصلي الرجوع على المقاول من الباطن ، بمقتضى أحكام هذا الضمان العشري ، و لـيس بمقتـضى أحكـام القواعد العامة ، و يرى أنه من غير العدل أن نحمل المقاول الأصلي النتائج الضارة للخطأ الذي ارتكبه المقـاول من الباطن ، دون أن نعطيه حق الرجوع عليه بنفس الأحكام التي أدين بمقتضاها . أنظر من الفقه البلجيكي على سبيل المثال : Bricmont (G) : La responsabilité des architectes et entrepreneurs en dr.belge et droit.français .éd.1965 (Bruxelles Paris) , p 94 et s.

03- و الخلف لغة هو " من جاء بعد" (مع سكون اللام أو فتحها) ، أنظر في ذلك : مختار الـصحاح للـرازي ،دار التنوير العربي ، بيروت ، 1985 ، ص 185 ، عمود 2.

أما في اللغة الفرنسية فقد جاء في قاموس : Le Robert pour tout ; Paris , 1994, p 85 " Ayant cause n.m : personne qui a acquis d'une autre un droit ou une obligation . Les ayants cause.

و واضح ان تعريف Robert اصطلاحي أكثر منه لغوي ، و الخلف اصطلاحا : هو الشخص الذي يتلقى مـن آخر حقا أو التزاما كالوارث و الموصى له ..الخ .

العشري ، كأثر من آثار عقد المقاولة إلى رب العمل ، باعتباره الطرف الآخر في هذا العقد مع المهندس المعماري و مقاول البناء و غيرهما من المشيدين ، سنتعرض هنا إلى كيفية انصراف هذا الحق في الضمان كأثر من آثار العقد ، إلى الخلف العام لرب العمل .

من المتفق عليه ، أنه إذا مات رب العمل فإن ورثته يحلون محله في الاستفادة بالحقوق التي تنشئها العقود التي يكون المورث طرفا فيها (1)، و هو ما قرره المشرع الجزائري بموجب المادة 108 من التقنين المدني الجزائري و التي تقضي بما يلي: (ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام...) ، و بإسقاط هذه القاعدة على عقد المقاولة الذي نحن بصدده ، فإن الحقوق التي يرتبها هذا العقد لرب العمل ، تنتقل إلى ورثته بعد وفاته ، و من بينها حقه في الرجوع على المعماري أو المشيد المسؤول بمقتضى أحكام هذا الضمان (2) .

و المشرع الجزائري لم يكتف بهذه القواعد العامة، و أكد مجددا هذا الانتقال في حق مباشرة دعوى الضمان العشري إلى الخلف بموجب 02/178 من القانون رقم: 07/95 المتعلق بالتأمينات (3).

و على ذلك ، فإذا توفي رب العمل ، انتقلت ملكية العقار محل العقد بما لها من حقوق من ذمة رب العمل ، و استقرت في ذمة خلفه ، و ترتب على ذلك ، أنه إذا حدث تهدم كلي أو جزئي ، أو ظهر بالعقار المشيد عيب يترتب عليه تهديد متانته و سلامته أو جعله غير صالح للهدف الذي أنشئ من أجله ، فإن الحق في

=و الخلف العام : هو من يخلف الشخص في ذمته المالية أو في كسر منها ، باعتبارها مجموعة من المال : كالوارث ، و الموصى له بجزء من التركة في مجموعها ، راجع في ذلك : حلمي بهجت بدوي : نظرية العقد ، ط 1934 ، ص 291.

01- السنهوري ، المرجع السابق ، ص 111 – أنظر كذلك : شنب ، المرجع السابق ، ص 106 – محمد ناجي ياقوت ، المرجع السابق ، ص 73 .

02- و هو ما يعتبر تطبيقا لنظرية الاستخلاف في الحقوق و الالتزامات ، باعتبار أن هذه الدعوى تعتبر من مستلزمات البناء الذي انتقلت ملكيته إليهم بوفاة مورثهم (رب العمل).

03- و تنص المادة 02/178 من المرسوم التشريعي 95-07 على ما يلي: (و يستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و /أو ملاكيه المتتاليين إلى غاية انقضاء أجل الضمان)

مباشرة دعوى الضمان العشري يكون من اختصاص الخلف العام لرب العمـــل، الذي انتقلت إليه بموت هذا الأخير ملكية العقار محل عقد المقاولة، باعتبار أن هذه الدعوى من الحقوق التي رتبها هذا العقد لسلفه، تنتقل إليه تبعا لانتقال ملكية العقار.

أما في فرنسا ، فمن المعلوم أن الخلف العام ، يعتبر استمرارا لشخصية سلفه إيجابا و سلبا ، فيخلفه في التزاماته ، كما يخلفه في حقوقــه ، لأن العموميــة فـــي الاستخلاف تقتضي وحدة لا تنفصم بين الجانب السلبي و الجانب الإيجابي (1).

ثانيا : الخلف الخاص لمالك البناء Ayant cause à titre particulier

انتقال الحق في الضمان العشري إلى الخلف الخاص (2) لرب العمل، تجــد سندها القانوني في التشريع الجزائري، في نص المادة 02/178 من القانون رقــم: 07/95 المتعلق بالتأمينات (3).

و حتى قبل هذا التدخل التشريعي، كان انتقال الحق في الضمان إلى الخلــف الخاص، يجد سنده في القواعد العامة للاستخلاف في الحقوق و الواجبات (4)، التي تنشا من العملية التعاقدية.

إذ بين المشرع بموجب أحكام المادة 109 من القانون المدني الجزائري، كيف تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص لكل من المتعاقدين (5)، و ينبني على ذلك،

01- Mazeaud (H,L et Y) : Leçon de droit civil français , VOL .I. 05 éd .1973 , p 749.

02- و الخلف الخاص ، هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات ، أو في حق عينـــي عليهـــا ، أو حـــق شخصي ، كالمشتري يخلف المالك في حق الانتفاع ، أنظر في ذلك : السنهوري ، الوسيط ، ج 01 ، مـــصادر الالتزام ، ط 1964 ، ص 596 إلى 605.

03- أنظر في نص المادة 02/178 من المرسوم التشريعي رقم: 07/95، ص 36من هذا البحث .

04- و هذا هو المعنى المقصود من عبارة أن الحق في الضمان الخاص يعتبر من ملحقات العقار المبنى ، فهو ينتقل معه إلى الخلف الخاص ، دون حاجة إلى النص على ذلك صراحة في العقد ، و لو كـــان الـــسبب الـــذي انتقلت به الملكية لا يلزم الناقل بالضمان ، كما لو كان الخلف الخاص موهوب له مثلا ، و ليس له حق الرجوع بالضمان على الواهب ، فإنه يرجع بالرغم من ذلك بالضمان الخاص على المشيد الملتزم بموجب أحكام الضمان العشري ، لأن دعوى الضمان قد انتقلت إليه كموهوب له مع الشيء الموهوب بعقد هبة . راجع في ذلك ، شنب ، المرجع السابق ، ص 106 – السنهوري ن المرجع السابق ، ص 111.

05- إذ تقضي المادة 109 من القانون المدني الجزائري بما يلي : (إذا أنشأ العقد التزامات ، و حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فـــي الوقـــت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كان من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه .)

أن الحق في الاستفادة من الضمان الخاص ينتقل إلى الخلف الخاص دائما ، أي حتى و لو كان انتقال الملكية إليه لا يتضمن الضمان ، لان شرط عدم الضمان الغرض منه أن يجعل ناقل الملكية بمنأى عن كل رجوع ، لا حرمان الخلف الخاص من الدعوى التي كانت ثابتة في ذمة السلف أو البائع ضد المقاول أو المهندس و التي أصبحت لا تفيده لعدم وجود المصلحة .

و مما سبق ، يستخلص أنه إذا باع رب العمل – في عقد المقاولة – المبنى أو وهبه ، ثم تهدم المبنى كليا أو جزئيا أو ظهر فيه عيب يهدد سلامته أو متانته ، جاز للمشتري ، أو الموهوب له ، أن يرجع بمقتضى الضمان العشري ن محل البحث ، على المشيدين منفردين أو مجتمعين .

أما على مستوى التشريع الفرنسي، فإن كان انتقال الحق في دعوى الضمان العشري إلى الخلف الخاص، يجد سنده القانوني اليوم، فإن الأمر لم يكن كذلك بالنسبة للفقه و القضاء الفرنسيين، و مع ذلك سلم الاثنان بهذا الانتقال (1).
بحيث يكون من حق الخلف الخاص لرب العمل أن يباشر هذه الدعوى ضد المهندس المعماري أو المقاول أو غيرهم من المشيدين المشاركين في عملية البناء ، إذا حدث التهدم الكلي أو الجزئي بالعقار ، أو ظهر العيب الذي يهدد سلامته و متانته ، أو يجعله غير صالح للغرض الذي أنشئ من أجله .
و يرى كل من الفقه و القضاء الفرنسيين هذا الانتقال للحق في دعوى الضمان هذه إلى الخلف الخاص لرب العمل، يباشرها متى توافر السبب الموجب لمباشرتها، حتى و لو كان السبب الذي انتقلت به الملكية إليه لا يلزم الناقل بالضمان (2)، بل

01- Mazeaud (H, L et J) : Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle, T.1 ; 6 éd, 1965, p .67 et .s. Labin : Op.Cit, p 177; Caston : Op.Cit, p 167 -

ومن أحكام القضاء أنظر : Cass.civ.28/11/1967, D .1968-163 – Cass .Civ.03/01/1969, J.C.P 1969-2-15863 et note .L.Veaux ; Cass.Civ.23/03/1968, D 1970-663 et note jestaz ..

أشار إليهم جميعا : محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص 199.

02- كما لو كان التصرف قد تم بطريق الهبة .

و حتى لو اشترط عدم الضمان في العقد (1) ، ذلك أن مثل هذا الشرط إنما يهدف مشترطه من ورائه ، أن يجعل ناقل الملكية بمنأى من كل رجوع ، و ليس حرمان من انتقلت إليه الملكية من الدعوى التي كان للسلف حق رفعها على المهندس المعماري أو المقاول ، أو غيرهما من المشيدين ، و التي غدت لا يستطيع هذا الأخير رفعها لفقدانه الصفة بالتصرف و افتقاده المصلحة بشرط عدم الضمان (2) .

و أمام انعدام الأساس القانوني لهذا الإجماع الفقهي و القضائي، من حق الخلف الخاص في مباشرة دعوى الضمان، ضد كل من المهندس المعماري و المقاول و غيرهما من المشيدين، و الراجع في رأينا إلى غياب النص التشريعي، بدأ البحث (3) عن الأساس القانوني. و في هذا الصدد، يرى البعض في هذا الانتقال مجرد تطبيق لفكرة الالتزام العيني (4) L'obligation réelle ، فيما يؤسسه البعض الآخر على فكرة حوالة الحق التي تتم ضمنيا لحظة البيع (5) .

أما محكمة النقض الفرنسية فقد استندت في ذلك إلى أساس من أن الحق في الضمان العشري هو " حماية قانونية مرتبطة بالملكية "(6) و ليس بشخص رب العمل ، و من ثم فإنه خلال مهلة الضمان العشري ، ينتقل هذا الضمان مع البناء المبيع بحسبانه من ملحقاته (7).

01- Karila :Op.Cit, p46 ; Planiol et Ripert : Op.Cit, p.207.

أنظر أيضا :

Cass.Civ.09/04/1870, D 1872-2, p.46, cité par : planiol et ripert : Op. Cit , p.207 .

02- محمد كامل مرسي : المرجع السابق ، ص 510 – شنب : المرجع السابق ، ص 108 – محمد ناجي ياقوت : المرجع السابق ، ص 77 ، هامش : 157 .

03- و ذلك قبل الإصلاحات التشريعية التي جاء ت بها قوانين 1967 و 1978.

04- V.En ce sens : Mazeaud (H , L et J) par Dejuglart : Leçon de droit civil , T.2 , 4 éd , 1962 , N 725 et s.: op.cit , p 67.

و راجع في عرض مفصل لهذه الفكرة و نقدها : Boubli : Op.Cit, p 148.

05- Boubli : Op.Cit, p 148

06- V. cass.civ.28/11/1967 cité par : Labin, p 178.

07- V.Cass.Civ.28/11/1967 précité.

ثم أضافت في حكم لاحق " و حيث أن مدة العشر سنوات المنصوص عليهـا فـي المادتين 1792 و 2270 مدني ، هي مدة اختبار لسلامة و متانة البناء ، و حسن تنفيذ الأعمال فيه ، فلا شك أن النتيجة الطبيعية لذلك ، أن الحق في دعوى الضمان لا يكون مرتبطا بشخص رب العمل ، و أنه في حالة بيع العقار ، في خلال مدة الضمان سالفة الذكر ، فإن هذا الحق يتبع العقار المبيع ، باعتباره مرتبطا بـه ، و معينا لـه ، و باعتبار أن المالك الحالي للعقار هو الشخص الوحيد الـذي يكون في مقدوره اكتشاف متانة و سلامة البناء ، و حسن تنفيذ الأعمال فيـه مـن عدمه (1).

و في القضاء الإداري أيضا ، يمنح مجلس الدولة الفرنسي دعوى الـضمان العشري للمالك الحالي للعقار ، بحسبانها تنتقل إليه مع حق ملكيته (2) ، و إن كـان يجيز – مع ذلك – لرب العمل أن يحتفظ لنفسه – عند البيع – بـالحقوق المترتبـة على هذا الضمان ، بشرط شهر هذا التحفظ مع تسجيل عقد البيع (3) ، و هو أمـر غير مفهوم في الحقيقة ، حيث لا ينسجم – من ناحية – مع فكرة انتقـال الـضمان لارتباطه الوثيق بالملكية ، و لا – من ناحية أخرى – مع حق المقاول المسؤول عن العيب الذي ظهر في البناء ، في تنفيذ التزامه عينا بإصلاح هذا العيب ، مـا دام أن رب العمل ، لن يفيد عملا من هذا الإصلاح (4).

و في هذا الصدد أيضا ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه بالرغم من أن دعوى الضمان العشري تنتقل إلى المالك الجديد للعقار ، فإن رب العمـل لا يفقـد الحق في مباشرتها ، إذا كانت له مصلحة جدية و مباشرة ، كما في حالة مباشرة

01- Cass.Civ.III: 23/03/1968, Bult. CIV 1968-3, N 131, p 104.

و في نفس المعنى :

Caston : Op.Cit, p.167; Karila : Op.Cit, p.45.

02- V.par ex : C.E .05/03/1969, J.C.P 1969 -2-1586 et not L.Veaux – C.E 17/03/1967, G.P.1967-2-105.

03- V. C.E .17/03/1967 précité.

04- محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 202.

المشتري ضده دعوى ضمان العيوب الخفية (1).

ثالثا: حالات تطبيقية: نشير في هذا الصدد ، إلى حـالتين تطبقيتـين لمبـدأ ارتباط دعوى الضمان العشري بملكية العقار المشيد ، و التحاقها بها حالا و ترحالا . هاتان الحالتان اللتان ظهرتا على الساحة العملية ، هما: حالة المشتري المستأجر ، أو كما تسمى بحالة " البيع الايجاري " "La location – Vente" ، و حالـة " الملكية المشتركة أو ملكية الطبقات أو الأجزاء منهـا " "La copropriété" ، و لذلك نشرع في بيان حكم كل منهما على التوالي :

الحالة الأولى : المشتري المستأجر أو حالة "البيع الإيجاري":

و هذه الصورة مؤداها في الواقع العملي ، أن يتفق مالك العقار مع المشتري المستأجر على أن ملكية العقار لا تنتقل إليه ، إلا بسداد آخر قسط من الثمن المتفـق عليه ، و تكون العلاقة فيما قبل ذلك ، علاقة مؤجر بمستأجر ، فيكون هـذا اتفاقـا مبدئيا ملزما لجانبيه ، في حدود ما اتفقا عليه ، إلا أنه قبل سداد القسط الأخيـر ، لا يترتب عليه سوى التزامات شخصية بين طرفيه ، حتى و لو كان من شان التعاقـد النهائي أن ينقل حقا عينيا (2).

01-V.en ce sens : Cass.Civ.III, 26 /4/1983, cité par .Liet -Veaux, J.C.P 355-4-1, N 176 : (Mais attendu que, si en principe, l'action en garantie décennale transmet aux Acquéreurs avec la propriété de l'immeuble, le maître de l'ouvrage ne perd pas la faculté de l'exercer dans la mesure ou elle présente pour lui un intérêt directe et certain ; que l'arrêt relève que l'action en dommages – intérêts a été introduite par M. Sevenier antérieurement à la vente forcée et que le cahier des charges ne motionne pas la cession de cette action , qu'il constat que M.Savenier a subi un préjudice personnel résidant dans la dépréciation de l'immeuble qui a été vendu a moindre valeur et dans les troubles de jouissance qu'il a subis antérieurement à la vente ; que ; dès lors , la cour d'appel a pu décider que la vente de l'immeuble n'avait pas en traîné cession de l'action engagée ver le maître d'ouvrage ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé)

02- و هذه الصورة شاعت الآن في الجزائر ، و هي ما تعرف بالبيع الإيجاري ، حتى أن الدولة قـد لجـأت إليها ، لحل معضلة السكن و تسهيل عملية دفع ثمن العقارات على المواطنين متوسـطي الـدخل ، و تخفيـف العبء عليها فيما يتعلق بالسكنات الاجتماعية ، و قد كان لها نتائج إيجابية نوعا ما .

و قد تناول المشرع الجزائري البيع بالإيجار في الأمر رقـــــــــم : 105-01 ، و عرفته المادة الاولى منه بأنه (صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعـــد إقـــرار شرائه بملكية ثابتة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطـــــــار عقد مكتوب) ، و ما يلاحظ على هذا النص أنه لا يعرف البيع بالإيجار كعقـــد يتـــضمن تـــصرف قانوني ينتج آثار قانونية ، و إنما هو عرض للبيع بالإيجار كصيغة عقديـــة لواقعـــة مادية .(1)

و قد ذكرنا أن الضمان العشري مقرر لمصلحة رب العمل أو من آلت إليه ملكيتـــه بحسبانه خلفا خاصا ، و يعني ذلك أن الدائن الشخصي لرب العمل ليس من حقه أن يرفع دعوى هذا الضمان ضد المشيد ، إلا إذا كان يستعمل حق مدينه (رب العمل) بطريق الدعوى غير المباشرة (1).

و لما كان مستأجر البناء الذي ظهر به العيب لا يعدو أن يكون دائنا شخصيا لـــرب العمل (المؤجر)، فإنه لن يستطيع تطبيقا لما تقدم أن يرفع دعوى الضمان العـــشري .(2)

لكن المشكلة تثور بفرض البيع الإيجاري ، الذي يظهر في إيجار من جانـــب المالك ، مصحوب بوعد بالبيع (3) ، لا يلبث أن يتحول إلى بيع فعلي ، و من ثـــم تنتقل الملكية بسداد المشتري آخر قسط من الثمن ؟.

فإن حدث تهدم، كلي أو جزئي، في هذا العقار، أو ظهر العيب المعتبر بـــه. هل يكون للمشتري المستأجر، قبل سداد القسط الأخير من الثمن، أن يرجع مباشـــرة على المهندس المعماري أو المقاول أو غيرهما من المشيدين بدعوى الضمان الـــذي لم تنته مدته بعد ؟.

محكمة النقض الفرنسية ، حين طرحت عليها المشكلة عام 1967 (4) ،

01- Labin : Op.Cit, p .178; Mazeaud(H,L,J) :Op.Cit, p 68 .

02- En ce sens : Mazeaud (H, L, J) : I bid; Labin : I bid, p179.

03- V.Mazeaud (H, L, J) : I bid.

04- Cass.Civ. 24/10/1967, J.C.P .1968-2-15360 et note Lindon.

فرقت في حكمها بين ما إذا كان المشتري المستأجر ، لحظة قيام موجب الـضمان ، قد أصبح مالكا فعلا للعقار بأن انتقلت إليه ملكيته ، بسداده القسط الأخير من ثمنه ، أم لا يزال مستأجرا له ، و لم تنتقل إليه ملكيته بعد ، أي أنه جار في سداد الأقساط، و لم يبلغ القسط الأخير منها بعد .

فإذا توافرت إلى جانبه الحالة الأولى، صار من حقه الاستفادة من قواعد الضمان العشري، و رفع دعوى الضمان العشري على معماري العقار الذي غدا مالكا له.

أما إذا كانت حالته الثانية ، أنكرت عليه هذه الاستفادة و غدا مجرد دائن عادي ، يسري عليه ما سبق بيانه حالا بالنسبة للدائنين العاديين لرب العمل أو البائع.

و هذا الذي قررته محكمة النقض الفرنسية، يحظى بتأييد الفقه الفرنسي أيضا (1) ، و إن كنا نتساءل هنا عن مدى دقة هذا الحل في ضوء أن المستأجر المشتري سوف يعتبر بسداد القسط الأخير مالكا بأثر رجعي من يوم إبرام عقد البيع الإيجاري؟ .

01- V.par ex : Mazeaud(H,L,J): Op.Cit , p .68.

الحالة الثانية : الملكية المشتركة للبناء :

غدت الملكية المشتركة ظاهرة عامة، في مجال الأبنية المخصصة للسكنى ، فيما يعرف – عمليا – بملكية الشقق ، خاصة مع تزايد الاعتماد على الأبنية المرتفعة لتلبية الحاجات المتزايدة للسكان من الشقق (1) .

و ما يدعونا إلى تناولها هنا ، هو الازدواج في الاختصاص بالملكية فيها ، و الذي بدوره يثير التساؤل عمن تكون له الصفة ، في هذا الفرض ، لرفع دعوى الضمان العشري على المشيد ؟ .

الإجابة على هذا التساؤل لم يتناولها نص خاص، سواء في الجزائر أو فرنسا، بما يعني أن يكون المرجع في شانها للقواعد العامة .

و هو ما سنحاول أن نتناوله بالدراسة من خلال الجزئيتين التاليتين ، و ذلك كالتالي :

أولا : في التشريع الجزائري :

هذه الحالة ، تعرف في القانون المدني الجزائري ، بالملكية المشتركة ، و قد نظمت بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني ، ، ثم عدلت و تممت أحكام هذه الملكية بموجب القانون رقم : 83-01 المؤرخ في : 1983/01/29 ، و أخيرا بموجب المرسوم التشريعي رقم : 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري ، و المؤرخ في :1993/03/01.

و الحال في الملكية المشتركة، أن العقار ينقسم إلى نوعين من الملكية، ملكيات خاصة، يختص بها الشركاء، كل على قدر ملكه، و هي الشقق أو الطبقات، و ملكية مشتركة بين كل الشركاء لكل فيها بنسبة قيمة الجزء

01- و تعتبر هذه الصيغة جد موفرة للعقار ، خاصة بالنسبة للدول التي تعرف كثافة سكانية واسعة ، و تعاني أزمة في العقار .

الذي يملكه من العقار (1) .

و عناصر الملكية المشتركة بينتها المادة 745 من القانون المدني بنصها : (تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية و غير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاكين المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصة لاستعمال أو منفعة جميع الملاكين المشتركين أو لأكبر عدد منهم.

و تعد أجزاء مشتركة ما يلي:

- الأرض و الأفنية و البساتين، و الجنائن، و المداخل.
- الجدران الأساسية في البناء، و أدوات التجهيز المشتركة بما فيها أجزاء الأنابيب التابعة لها و التي تمر على المحلات الخاصة.
- الخزائن و غلاف و رؤوس المداخل المعدة للإستعمال المشترك .
- الرواق الخارجي ، و الدرابيز و الأسطح و لو خصصت كلها أو بعضها للاستعمال الخاص من طرف شريك واحد .
- المحلات المستعملة للمصالح المشتركة .
- القاعات الكبرى و ممرات الدخول و الدرج و المصاعد .

و تعد حقوق بالتبعية للأجزاء المشتركة ما يلي:

- حق تعلية العمارة المعدة للاستعمال المشترك، أو المحتوية على عدة محلات تكون أجزاء خاصة مختلفة.
- الحق في بناء عمارات جديدة بالأفنية، و البساتين، أو الجنائن التي تكون أجزاء مشتركة.).(2)

01- و في هذا الصدد تقضي المادة 743 من القانون المدني بقولها : (الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية ، و التي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص و نصيب في الأجزاء المشتركة).

02- كما حددت المادة 744 الأجزاء الخاصة بقولها: (تعتبر أجزاء خاصة، أجزاء العقارات المبنية، أو غير المبنية و المملوكة بالتقسيم لكل واحد من الملاك الشركاء بغرض الاستعمال الشخصي و الخاص.

و تعد أجزاء خاصة :

- كل من تبليط الأرض و الأرضية، و التغطية،
- الأسقف و الأحواش باستثناء الجدران الأساسية في البناء ،

كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة 743 من التقنين المدني على أحد الأجزاء المشتركة أيضا بقولها (تعتبر مشتركة بين الشركاء المتجاورين الحواجز و الحيطان الفاصلة في المحلات الخاصة دون الجدران الأساسية في البناء.).

و بطبيعة الحال فإن هذا التعداد ، هو على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، بحيث يمكن أن يدخل فيه كل ما سيأتي على شاكلته ، مما يسفر عنه التطور المستمر و المتزايد في مجال التشييد و البناء ، و يكون مخصصا للاستعمال العام لكل الشركاء في العقار ، أما إذا كان مخصصا للاستعمال الخاص بأحد الشركاء ، أو بالبعض منهم ، فلا يعد عنصرا في الملكية المشتركة ، و لو خرج عن نطاق الشقة أو طبقة ملكية هذا الشريك أو أولئك ، بل يعتبر عنصرا خاصا بهم أو به على حسب الأحوال .

و لكل شريك في الملكية أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته كما له أن يستعمل و ينتفع بحرية بالأجزاء الخاصة و المشتركة، بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية أو يلحق ضررا بما أعد له العقار (1).

و وجود عناصر مشتركة في العقار لخدمته ، يقتضي أن ينظم أمر العناية بها و إدارتها ، و صيانتها و المحافظة عليها و إلا كانت عرضة للضياع ، و التلف و الفساد ، الأمر الذي يترتب عليه قصور العقار ككل عن آداء الغرض الذي شيد من أجله ، مما يرجع بالضرر على كل الشركاء .

=- الحواجز الداخلية و أبوابها ،

- أبواب المساطح و النوافذ و الأبواب النافذة و مغالق الشبابيك و المصارع أو الستائر و توابعها ،

- قضبان النوافذ و الدرابيز الحديدية للشرفات ،

- الطلاء الداخلي للحيطان ، و الحواجز مهما كانت ،

- الأنابيب الداخلية، و منحنيات التوصيل الخاصة بالأجهزة من مجموع الحنفيات و اللوازم المتصلة بها،

- إطار و أعلى المداخن، و الخزائن المموهة،

- الأدوات الصحية للحمامات و المغسلة و المرحاض ،

- أدوات المطبخ ،

- الأدوات الخاصة للتدفئة و الماء الساخن التي يمكن أن توجد داخل المحل الخاص.)

01- أنظر المادة 749 من التقنين المدني .

و هو ما أخذ بعين الاعتبار من طرف المشرع الجزائري ن فنص في المادة 756 مكرر من التقنين المدني على ما يلي : (تشكل جماعة الشركاء في الملكية أو الشاغلين لها جمعية تتمتع بالشخصية المدنية .

تتولى الجمعية إدارة العقار و المحافظة عليه و كذا تسيير الأجزاء المشتركة).

كما نظم بالمواد 756 مكرر 03 إلى 769 من القانون المدني، طرق عمل هذه الجمعية و اختصاصاتها.

و المشرع حرصا منه على المحافظة على الملكية المشتركة في البنايات ، و أمام احتمال عدم تشكيل الجمعية المكلفة بتسيير هذه الأملاك ن طبقا لنص المادة 756 مكرر من القانون المدني سالفة الذكر ، أجاز بموجب المادة 25 من المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 1993/03/01 أن تنفذ إدارة الملكية المشتركة بعناية أحد المالكين المشتركين على الأقل ، بصرف النظر عن أحكام المادتين 756 مكرر 02 و 756 مكرر 03 (1).

و في هذه الحالة، يخول هذا المالك المشترك، ممارسة الصلاحيات الراجعة لهيئات الملكية المشتركة بغية ضمان المحافظة على البناية، و تسييرها فيما يخص الأجزاء المشتركة المحددة في نظام الملكية (2).

و تثبت كيفيات تسيير الملكية المشتركة ، في هذه الحالة بناء على أمر بسيط يستند إلى عريضة يوقعها رئيس المحكمة المختص إقليميا ، بناء على طلب المالك أو المشترك المعني (3).

و بناء على ما سبق ، وصلنا إلى الازدواج في الاختصاص بالملكية ، و الذي يتمثل في أن ملكية الشقق أو الطبقات تنعقد لكل من الشركاء على انفراد ، كل في نطاق شقته أو طبقته ، بينما تكون ملكية الأجزاء المشتركة ، التي بيناها ، للشركاء مجتمعين ، ممثلين في الجمعية (4) ،

01- أنظر المادة 25 من المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 1993/03/01

02- أنظر المادة 02/25 من المرسوم سالف الذكر .

03- أنظر المادة 26 من نفس المرسوم.

04- أو أحد المالكين المشتركين طبقا لمقتضيات المادة 01/25 من المرسوم التشريعي 93-03 سابق الذكر.

الممثلة من طرف المتصرف (1).

و التساؤل المطروح هنا، من المختص، إذن، بمباشـــرة دعـــوى الـــضمان العشري، عند توافر مقتضاها، ضد المهندس المعمـــاري أو المقـــاول، أو كلاهمـــا منفردين أو مجتمعين ؟ .

بتطلع نصوص التقنين المدني سابقة الإشارة، يتضح أن دعوى هذا الضمان، ينعقد الاختصاص بها لجمعية الشركاء، ممثلة في المتصرف، حين يتعلـــق الـــسبب الموجب للضمان بالأجزاء المشتركة في البناء.

أما حين يقوم موجب الضمان بالأجزاء الخاصة، من العقار المملوك للشركاء على انفراد، كانت مباشرة دعوى الضمان من اختصاص كل مالك للجزء الذي لحقه سبب الضمان على انفراد.

كما انه يمكن للمالك المخول له صلاحيات هذه الجمعية طبقا لنص المادة 25 من المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ فـــي 1993/03/01، أن يمـــارس هـــذه الدعوى، و ذلك في غياب جمعية الشركاء.

كذلك فإن للملاك المشتركين أن يرفعوا دعوى الضمان هذه ، ضد المهنـــدس المعماري أو المقاول ، إذا تعلق السبب الموجب للضمان بالأجزاء المـــشتركة فـــي العقار ، حتى و لو لم يصب الأجزاء الخاصة بهم ضرر ما ، متى أثبتـــوا تهـــاون متصرف الجمعية في رفع هذه الدعوى ، و ذلك لقيام الصفة و المصلحة إلى جانبهم لمباشرة هذه الدعوى (2).

ثانيا : في التشريع الفرنسي : أما في فرنسا ، فإن الأمر قد تدرج زمنيا ، من قانون 1938/06/28 إلى قانون 1965/07/10 - الخاصين بالملكيات المـــشتركة- فيما يتعلق بمباشرة دعوى الضمان العشري .

01- و هو ينتخب من طرف أعضاء الجمعية التي لها أن تفصله عند الاقتضاء، و في حالـــة التقـــصير يعـــين المتصرف تلقائيا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي. أنظر المادة 756 مكرر 03.

02- أنظر في هذا المعنى : عبد الرازق حسين ياسين ، المرجع السابق ، ص 610.

01- ففي ظل أحكام قانون 1938/06/28 ظل القضاء الفرنسي – سواء في ذلك الإداري منه أو العادي – يفسر نصوص هذا القانون تفسيرا ضيقا. و بالتالي استمر قرابة ربع قرن من الزمان ينكر على جمعية الملاك حق مباشرة دعوى الضمان العشري ، ما لم يكن موكلا بذلك صراحة من الملاك المشتركين (1) ، بحجة أن هذه الجمعية لا تختص إلا بالدعاوى التي تتعلق بالعقار ، أو تلك التي تختص بإدارته (2) ، أما دعوى الضمان ، فهي دعوى مرتبطة وجودا و عدما بالملكية ، و الملكية منعقدة – سواء في أجزائها الخاصة أو المشتركة – للملاك المشتركين في العقار ، و على ذلك فإن الاختصاص بدعوى الضمان العشري ، لا ينعقد إلا لهؤلاء، باعتبارهم ملاكا للعقار ، سواء حدث موجب الضمان في أجزائه الخاصة ، أم في أجزائه المشتركة (3)، إلا انه في الحالة الأخيرة ، يلزم تدخل كل الملاك المشتركين في الدعوى (4).

و مع ذلك فهناك بعضا من قضاء الاستئناف، قد أجاز لاتحاد الملاك مباشرة دعوى الضمان العشري، عندما تكون العيوب الموجبة لهذا الضمان مؤثرة في العقار ككل (5).

و في مجال تطور قضاء النقض الفرنسي نحو جواز مباشرة دعوى الضمان العشري بواسطة جمعية الملاك ، أجازت الغرفة الأولى بمحكمة النقض الفرنسية للجمعية أن تتقدم إلى القضاء المستعجل بطلب تعيين خبير لإثبات حالة العيب و التي ظهرت بالعقار ، و تحديد الإجراءات اللازمة لعلاجها (6).

01et 02- C.E.23/12/1964 , Rec.Leb.1964 , p .656 ; 30/03/1966, Rec.Leb.1966, p .254 ; 05/03/1969, n94, p .59 .cité par : Caston : Op.Cit , p 158.

V.aussi , en se sens : Labin :Op.Cit , p 170..

ومن الفقه المصري، انظر: محمد شكري سرور: المرجع السابق، ص 208 و ما بعدها.

03- Caston :I bid , p 168.

04- Caston:I bid ; Labin: I bid , p 180 .

05- Grenoble : 11/01/1961 .D.1961, p41, cité par : Labin: I bid.

06- 3/11/1967, Bult.1967-1, n328, p 247, cité par : Labin : I bid, p 171.

و نرى أن هذا الحكم ، ما هو إلا امتداد للقضاء السابق الذي لا يجيز للجمعية إلا الدعاوى التي تهدف بها إلى تحقيق الانتفاع بالعقار ، و حسن إدارته ، و حفظه و صيانته ، حتى يستمر في تأدية الغرض الذي أنشئ من أجله .

إلا أنه لم يمض أكثر من عام على حكم الغرفة الأولى بمحكمة النقض هذه، حتى أجازت الغرفة الثالثة، بذات المحكمة للجمعية ممثلا في مأموره ، بصفته ممثلا قانونيا للملكية المشتركة إقامة دعوى الضمان العشري ضد بائع العقار ، إذا قام السبب الموجب للضمان بالأجزاء المشتركة من العقار (1). و اضطرد القضاء على ذلك ، العادي منه و الإداري (2) .

و يعلل بعض الفقه الفرنسي (3) هذا الاتجاه الجديد في القضاء، بأنه تأثر بالاتجاه التشريعي، الذي تجسد في القانون الصادر في 1965/07/10، الذي حل محل قانون 1938/06/28 المذكور.

01- في ظل القانون رقم 557 لسنة 1965 الصادر في 1965/07/10 (4):

تقضي المادة 15 من القانون المذكور بأن (جمعية الملاك لديه الصفة في مباشرة الدعاوى أمام القضاء ، مدعيا أو مدعى عليها ، حتى ضد بعض هؤلاء الملاك أنفسهم ، و لها ذلك على وجه الخصوص – منفردا أو مشتركا مع واحد أو أكثر من هؤلاء ، بقصد حماية الحقوق المتعلقة بالعقار .

و لكل من الملاك المشتركين ، أن يباشر منفردا الدعاوى المتعلقة بالملكية أو الانتفاع ، و الخاصة بحصته المفرزة من العقار بشرط أن يخطر وكيل الجمعية بذلك)(5).

01- 22/11/1968, Bult 1968-3, n 487, p 372.

02- Cass.Civ.29/05/1970, Bult 1970-3, n 372, p 270 .J.C.P.1970-2-1965, note Guillot ; C.E 29/05/1971 .J.C.P 1970-2-1965 .note : Liet-Veaux.

03- Labin : Op.Cit, p 171.

04- الصادر بشأن الملكية المشتركة في فرنسا و الذي حل محل قانون 28 /1938/06.

05- Art.15 (Loi 65-557 du 10/07/1965) :"Le syndicat a qualité pour agir en justice, tant en demandant qu'en défendant même contre certains copropriétaires, il peut notamment

و يجمع الفقه(1) و القضاء (2) الفرنسيان على أن جمعية الملاك، طبقا لهذا النص، أن تباشر دعوى الضمان العشري إذا قام سببه بالأجزاء المشتركة من العقار.

و لكن هل يقتصر فقط أمر مباشرة دعوى الضمان العشري في هذه الحالـــة على الجمعية ممثلة في وكيلها ؟ أم يمكن للملاك المشتركين مباشرتها انفراديـــــــا دونه ؟ .

يكاد يجمع الفقه و القضاء هناك، على قصر أمر هذه الدعوى على الجمعية، و هو ما كان عليه العمل في ظل القانون السابق الصادر في 1938/06/28 سالف الذكر ، دون أن يكون لأي من الشركاء حق مباشرتها إلا منــضما علـــى دعــوى الجمعية التي يباشرها وكيلها ممثلا لها ، و هو ما يتفق مع نص عجز الفقرة الأولى من المادة 15 سالفة الذكر (3).

كذلك فإن للملاك المشتركين ، الذين يلحق السبب الموجب للضمان بأجزائهم الخاصة من العقار ، أي المملوكة لهم ملكية مفرزة ، دون غيرها من الأجزاء العامة أو المشتركة ، أن يباشروا منفردين ، و دون مشاركة من الجمعية ، دعوى الضمان الذي حل سببه (4) ، على أن يقوم من ينشأ في مباشرة هذه الدعوى ، بإخطار وكيل الجمعية بذلك ، طبقا لنص المادة 15 سالفة الذكر (5).

=agir conjointement ou non, avec un ou plusieurs de ces derniers, en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble.

Tout copropriétaire peut néanmoins exercer seul les actions concernant la propriété ou la jouissance de son lot à la charge d'en informer le syndic".

01- G.Lombois :"Commentaire de la loi du 10 /07/1965 ".D1965 .A.J.P.I.1956, p.1080; P.Esmeine : " Le statut de la copropriété dans les immeubles bâtis ".G.P.1965, 2, p.38 surtout N 15, p.40 et N 39 et 40 p.24 et 43.

02- Cass.Civ .21/11/1969, J.C.P.70, 11,16189 .note.Guillot.

03- V.En se sens : Caston : Op.Cit, p 169; Mazeaud (H.L,J) : Op.Cit , p 170 .

V.aussi : C.E .17/02/1971 .J.C.P .1971-2-16700, note .Liet-Veaux .

04- و هو ذات الحكم الذي كان ساريا في ظل القانون السابق، و الذي لم يكن ذات مرة محلا لنقاش.

Mazeaud (H, L, J) : I bid ; Boubli : Op.Cit, p 209 ; Labin : Op.Cit, p 172.

05- انظر النص باللغة الفرنسية، ص 217-218، هامش رقم 05.

و لكن التساؤل يثور في حالة ما إذا تعلق سبب الضمان بالعقار في مجموعه، أي الأجزاء المشتركة فيه و الخاصة . فهل ينعقد الاختصاص بالدعوى للجمعية فقط، أم يجوز للشركاء الذين لحقهم الضرر في أجزائهم الخاصة مباشرتها أيضا إلى جانبه ؟ .

الرأي الغالب في الفقه ، و الذي يؤيده القضاء هناك ، يرى أن الدعوى في هذه الحالة تنعقد للجمعية ، ممثلة في وكيلها ، على أنه يجوز لمن يرغب من الشركاء المشار إليهم بالتساؤل ، أن ينضموا إليه في مباشرتها ، أو مباشرة دعاواهم على استقلال (1).

و هكذا يتضح لنا من خلال ، البيع الإيجاري و الملكية المشتركة ، أن الفقه و القضاء الفرنسيين ، ظلا – رغم غياب النص التشريعي الذي يستندان إليه – مجمعين على التمسك بمبدأ انتقال دعوى الضمان العشري إلى كل من تنتقل إليه ملكية العقار المشيد ، طالما كانت مدة الضمان لا تزال سارية . حتى أتى التدخل التشريعي الأول عام 1967 الذي ودع هذا الإجماع كما سنرى عند دراسة أثر التطور التشريعي على النطاق الشخصي المستفيد من أحكام الضمان العشري.

المطلب الثاني: أثر التطور التشريعي على النطاق الشخصي المستفيد مـــن أحكام الضمان العشري:

كان للتطور التشريعي الحاصل على مـــستوى التـــشريعين – الجزائـــري و الفرنسي – أثرا توسعيا على نطاق الأشخاص المستفيدين من أحكام الضمان العشري ، و يتضح ذلك بصورة اكبر على مستوى التشريع الفرنسي ، و هو ما سنلمسه عند تناولنا لهذا التطور ، الذي نبدأه بذلك الحاصل على مستوى التشريع الجزائري ، ثم نتناول التشريع الفرنسي ، و أخيرا نبين مدى حاجتنا لمثل هـــــــذه الإصـــلاحات التي جاء بها المشرع الفرنسي في هذا الصدد ، كل ذلك من خلال الفروع التالية :

01- Mazeaud (H,L,J):Op.Cit , p 66 ; Cass.Civ.30/01/1969 ; C.E.17/02/1971 , Cité par : Caston :Op.Cit , p 169; Karila : Op.Cit, p 74.

الفرع الأول: أثر التطور التشريعي الجزائري على النطاق الشخصي المستفيد من أحكام الضمان العشري :

التدخل التشريعي الوحيد الذي كان له – نوعا ما – ، أثرا توسعيا على النطاق الشخصي المستفيد من أحكام الضمان العشري ، هو ذلك الذي جاء به المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 1993/03/01 ، و التي بموجبها تم تمديد أحكام الضمان العشري ، فلم تعد قاصرة على عقد المقاولة ، بل امتدت أحكامها لتشمل عقد البيع .

و كما سبق و أن اشرنا في هذا الصدد (1) ، فإن هذا التدخل التشريعي لم يكن في المستوى المرجو ، ذلك أن المتعامل العقاري الذي يتعامل مع المشتري بموجب عقد البيع ، سواء تم هذا البيع بعد تمام البناء ، أو أثناء تشييده (2) ، لا يتحمل المسؤولية بموجب أحكام الضمان العشري ، إلا في حالة إخلاله بالتزامه المتمثل في ضرورة إلزام كل من المهندس المعماري و المقاول بالتأمين على مسؤوليتهما العشرية (3) .

و بالتالي ، فإن المشتري في ظل أحكام قانون الترقية العقارية ، لا يمكنه أن يرجع على المتعامل العقاري بموجب دعوى الضمان العشري ، إلا في حالة إخلال هذا الأخير بالتزامه في إجبار المهندس المعماري و المقاول بالتأمين على مسؤوليتهما العشرية .

و عليه يمكن القول أن هذا التعديل جاء باستثناء غامض ، و لم يأت بأي توسع فعلي و حقيقي على مستوى النطاق الشخصي المستفيد من أحكام الضمان العشري .

01- راجع ، فيما سبق ص 213.

02- و هو التعامل الذي يتم في صورة "عقد بيع بناء على تصميم ".

03- أنظر المادة 02/08 من المرسوم التشريعي 93-03 سالف الذكر .

الفرع الثاني: أثر التطور التشريعي الفرنسي على النطاق المستفيد من أحكام الضمان العشري :

بعد أن انتهينا من بيان ما كان عليه العمل في مدى حق الخلف الخاص لرب العمل في مباشرة دعوى الضمان ، حين ظهور موجبه ، و العقار تحت يده (1)، ننتقل الآن إلى بيان ما سبق أن أرجأنا بيانه من أثر التدخل التشريعي الأول و الثاني على النطاق الشخصي الدائن أو المستفيد من أحكام الضمان العشري .و ذلك كما يلي :

أولا : أصداء التدخل التشريعي الأول على النطاق المستفيد من أحكام الضمان العشري : أهم ما جاء به المشرع الفرنسي في هذه المرحلة ، هو استحداثه لنص المادة 1646-1 ، و إضافتها إلى التقنين المدني بالقانون رقم 3 لسنة 1967 في 1967/01/03 ، المعدل بالقانون 547 لسنة 1967 في 1967/07/07 ، و التي نظم بها – كما سبق أن رأينا (2)- أحكام مسؤولية حالة بيع العقار تحت التشييد ، تلك الحالة التي كانت قد ظهرت على الساحة العملية ، هروبا من أحكام هذا الضمان الخاص بالمهندس المعماري و مقاول البناء ، طبقا لما استقر عليه الفقه و القضاء من تفسير للنصوص الأصلية المنظمة لأحكام هذا الضمان .

هذا، و لما كانت الفقرة الثالثة من هذه المادة المستحدثة تقضي بأن:(هذين الضمانين (3) يستفيد منهما الملاك المتعاقبون على العقار) (4).

و أول ما يلاحظ على صريح عبارة هذه المادة، أن المشرع الفرنسي، نص صراحة على أن من له حق الاستفادة من هذين الضمانين هم الملاك المتعاقبون

01- أنظر ، فيما سبق ، ص 227: 230.

02- أنظر ، فيما سبق ، ص 1178 و 179 .

03- أي الضمان العشري و الثنائي، المشار إليهما تباعا في الفقرتين الأولى و الثانية من المادة المذكورة.

04- Art.1646-1 ale.3. (Loi 67-3 du 03/01/1967 et loi 67-547 du 07/07/1967):" Ces garanties bénéficient aux propriétaires successifs de l'immeuble).

على العقار، و صياغة النص على هذه الصورة يمكن أن يستخلص منه الأمور الثلاثة الآتي ذكرها:

أولها: تعبيره عن المستفيدين بالملاك Les propriétaires – رغم انه كان يستطيع أن يستعمل لفظ "المشترين Les acheteurs " و هو ما كان أليق بالمقام – يفيد أن المشرع الفرنسي لم يشأ أن يقصر الاستفادة من الضمانين على من آلت إليه الملكية بطريق الشراء فقط ، و إنما كل من غدا مالكا لهذا العقار المباع تحت التشييد ، بأي صورة من الصور المعتبرة في كسب الملكية ، شراء كانت أم هبة ، توريثا أو إيصاء ، على غير ذلك من تلك الصور (1).

و بذلك ، فإن المشرع الفرنسي لم يقصر الاستفادة من الضمانين على نوع واحد من الخلف الخاص ، و إنما أراد أن يستفيد منهما كل خلف خاص ، آلت إليه ملكية هذا النوع من العقارات و هي العقارات المبيعة تحت التشييد (2).

ثانيها : أن استعماله للفظ " المتعاقبون Successifs " ، يفيد أيضا ان المشرع الفرنسي ، لم ير قصر الاستفادة من الحماية القانونية التي قررها بهذا النص الجديد ، و المتمثلة في هذين الضمانين ، على طبقة واحدة من الخلف الخاص، تنتهي عندها ، و إنما زيادة منه في ضمان بقاء هذه الحماية ، طيلة المدة القانونية التي حددها ، و التي قدر – لاعتبارات قامت لديه– كفايتها لاختبار متانة البناء و صلابته ، و بقائه صالحا لأداء الهدف الذي أنشئ من أجله ، قرر أن يستفيد من هذين الضمانين ، ليس فقط المالك الأول للعقار بعد بيعه ، و إنما الملاك المتعاقبون على العقار و إن نزلوا ما دامت المدة المذكورة لم تنته بعد .(3)

من هذين الأمرين اللذين أوضحناهما، بتحليل الفقرة الثالثة من المادة1646-1 مدني فرنسي سالفة الذكر، يتضح أن المشرع الفرنسي – بتدخله التشريعي هذا – قد قنن في هذه الفقرة و بالنسبة لهذه الصورة المستجدة من التعامل، ما سبق أن بيناه من إجماع الفقه و القضاء الفرنسيين ، على حق الخلف الخاص لرب العمل في

01- عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 622.

02- Karila : Op.Cit, p 46.

03-Karila : I bid.

مباشرة دعوى الضمان العشري ضد المهندس المعماري و المقاول، و غيرهما من المشيدين، ممن ارتبط مع رب العمل بعقد مقاولة، إذا قام لديه موجب هذا الضمان أو ذاك، شريطة أن يكون العقار في ملكيته، و مدة الضمان لازالت جارية لم تنته بعد.

الأمر الثالث و الأخير : هو أن المشرع الفرنسي ، أوضح العلة في الاستفادة من الضمان العشري ، و هي اكتساب ملكية العقار المبيع ، بما يعني أن دعوى الضمان هي من الحقوق التابعة للملكية ، تلحق بها أينما حلت ، و تحت أي يد استقرت (1) . و هذا واضح من تعبير المشرع الفرنسي بأن هذا الضمان يفيد الملاك المتعاقبين على العقار ، بما يستفاد منه بطريق اللزوم أن حيازة العقار بأي طريق من طرق الحيازة ، و بأي عقد من العقود التي لا تفيد تمليكا ، لا يترتب عليها انتقال للحق في مباشرة دعوى الضمان العشري – إذا قام مقتضاها– من مالك العقار إلى الحائز له ، بل يبقى الحق في مباشرة هذه الدعوى للمالك الحقيقي للعقار و لا ينتقل منه إلا بانتقال ملكية العقار من يده إلى يد أخرى ، بأحد التصرفات المعتبرة قانونا في نقل الملكية (2)(3).

و هكذا ، فكما أضاف المشرع الفرنسي – بتدخله التشريعي عام 1968 و استحداثه للمادة 1646-1 مدني ، إلى النطاق الشخصي المدين بأحكام الضمان العشري ، مسؤولين آخرين من بينهم ذلك الذي يبيع عقارا تحت التشييد كما سبق و أن أوضحنا ، نجده أيضا ، و بذات النص قد أضاف – بالمقابل – إلى النطاق

01- كما هو الشأن بالنسبة لحق التتبع في الحقوق العينية التبعية.

02- أنظر في هذا المعنى: عبد الرازق حسين ياسين " المرجع السابق، ص 624.

03- و بذلك يكون المشرع الفرنسي، قد تبنى الأساس القانوني الذي قالت به محكمة النقض الفرنسية، و الذي يخلص في أن دعوى الضمان، هي عبارة عن حماية قانونية، قررها المشرع للعقار المشيد، تتبعه أينما حلت ملكيته، و تلحق به حيثما استقر مقامه مملوكا، حيث جاء في حكمها ما يلي :

(…que le droit a l'action en garantie décennale constitue une protection légale attachée à la propriété et peut donc être évoquée par tous ceux qui succèdent , même à titre particulier , dans cette propriété au maître de l'ouvrage).
V. Cass.Civ.28/11/1967, D.1968, p 163

الشخصي الدائن مستفيدا آخر، هو كل من تلقى ملكية هذا العقار، و إن نزل، شريطة أن يكون موجب الضمان قد حدث، و مدة الضمان لم تنته بعد.

ثانيا : أصداء التدخل التشريعي الثاني على النطاق المستفيد من أحكام الضمان العشري : إذا كان للتدخل التشريعي الأول ، للمشرع الفرنسي ، قد جاء على استحياء فيما يتعلق بالنطاق المستفيد بأحكام هذا الضمان (1) ، كما سبق و أن أوضحنا ، فإن الأمر تم عكس ذلك في التدخل التشريعي الثاني ، حيث اتسم هذه المرة بالصراحة و الشمول ن و هو ما سنحاول إبرازه هنا .

و مما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام ، أن التوسع في النطاق الشخصي الدائن بأحكام الضمان العشري ، الذي تم بمقتضى التدخل التشريعي الأول من المشرع الفرنسي عام 1967 إنما حدث – كما قلنا – بصدد عقد آخر ، هو عقد البيع، و ليس بصدد عقد المقاولة – الذي يعتبر المجال الأصيل لهذا الضمان ، و بناء على نص خاص قصد به ، نقل هذا الضمان ، من عقد المقاولة ، إلى حالة معينة من حالات بيع عقار تحت التشييد ، لذلك لزم – طبقا للقواعد العامة في التفسير – أن يقتصر تطبيق هذا النص و ما جاء به من توسع في النطاق الشخصي الدائن منه و المدين ، على الحالة التي جاء بشأنها هذا النص ، بمعنى أن ينحصر تطبيقه في حالة بيع العقار ، قبل تمام تشييده فقط ، دون غيرها من حالات بيع العقار ، و ذلك باعتبار انه نص استثنائي ، استحدث لهدف معين ، فوجب أن يقف تفسيره و إعماله عند هذا الهدف (2).

و لما كانت قد قامت في العمل حالات أخرى كهذه ، و إن اختلفت معها في المظهر القانوني الذي ترتديه ، إلا أنها تتفق معها تماما في الهدف الذي تتوخاه ، فقد جاء التعديل التشريعي الثاني الذي تم عام 1978 بالقانون رقم 12 لسنة 1978 ، ليوحد نوعا ما بين الأحكام التي تضبط كلا منها .

01- حيث جاء إقرارا سكوتيا لما جرى عليه إجماع الفقه و القضاء على ساحة العمل القانوني ، و حتى ما صرح به ، فقد أخذ حكم الاستثناء في مجال عقد البيع فقط – و في حالة بعينها – دون غيره من العقود ، راجع فيما سبق ص 228.

02- Karila : Op.Cit, p 49.

و لما كانت هذه الحالات محلا لدراستنا عند تناول النطاق الشخصي المـــدين بأحكام هذا الضمان، فإننا نحيل إليها منعا للتكرار (1).

أما فيما يتعلق بالنطاق الشخصي الدائن أو المستفيد من أحكام هذا الــضمان، فإن المشرع الفرنسي سلك في ذلك مسلك التعميم بعد التخصيص، و التصريح بعـــد التلميح (2).

أما تصريحه بعد تلميحه ، فبيانه ، أنه بعد أن أقر سكوتيا – كما ســبق و أم قلنا (3) – ما أجمع عليه كل من الفقه و القضاء الفرنسيين ، من حق متلق الملكيـــة من رب العمل ، في مباشرة دعوى الضمان ، ضد كل من المشيدين المشاركين في عملية البناء الخاضعين لأحكام هذا الضمان ، و قنن هذا الإجماع صراحة و إن كان في نطاق عقد البيع ، إلا أنه في هذه المرة نص صراحة على هذا الحق في نطـــاق أحكام عقد المقاولة نفسه ، في المادة 1792 مدني ، أي في النطاق الطبيعي لمجـــال تطبيق أحكام الضمان العشري .

أما عن تعميمه بعد تخصيصه ، فمفاده ، أنه بعد أن كان من آلت إليه ملكيـــة العقار لا يستطيع أن يرجع بدعوى الضمان العشري إلا طبقا لنص المادة 1646-1 مدني فرنسي ، بمعنى أن يكون هذا العقار الذي آلت ملكيته ، قد بيع و هـــو تحـــت التشييد ، و يكون الرجوع على بائع هذا العقار بصفته هذه ، جاء المشرع الفرنسي في تدخله الثاني ، و نقل هذا الحكم ، أي حكم حق الرجوع بدعوى الضمان العشري ، من ذلك النص الخاص بحالة بيع العقار تحت التشييد ، و هو نص المادة 1646-1 مدني سالف الذكر ، إلى النص العام الذي تقرر بمقتضاه هذا الضمان منذ مدونة نابليون عام 1804 و حتى الآن ، و هو نص المادة 1792 مدني فرنسي ، و أجراه على الوجه التالي : " كل مشيد عمل (عقار) يكون مسؤولا بقوة القانون في مواجهة رب العمل أو من تؤول إليه ملكية هذا العمل (العقار) عن الأضرار ...."

"Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage des dommages."

01- راجع ، فيما سبق ، ص 178 و 179 من هذا البحث.

02- عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 628.

و نستطيع أن نقرر أن مسلك المشرع الفرنسي في التوسع في النطاق الشخصي الدائن أو المستفيد من أحكام الضمان العشري، إنما يستفاد هنا من عموميتين، هما، عمومية النص و عمومية اللفظ.

فأما عن عمومية النص ، فتستفاد من إدراج المشرع الفرنسي لهذا الحكم ، ضمن النص الخاص بالأحكام العامة لهذا الضمان ، و الذي تقرر أصلا بموجبه ، و هو نص المادة 1792 مدني . بحيث أن من يقرأ هذا النص، ليكاد يلم بخيوطه العامة من أركان، و نطاق و نظام قانوني، و وسائل الإعفاء منه.

و على ذلك، فإن ذكر لفظ " acquéreur " ضمن المادة 1792 مدني ، و هو النص الذي تضمن الأحكام العامة لهذا الضمان ، لينبئ بذاته عن رغبة المشرع الفرنسي في جعل حكم مسؤولية المشيدين أمام من تؤول إليه ملكية العقار المشيد ، حكما عاما يسري على جميع الحالات ، دون تفرقة بين ما إذا كان هذا العقار قد بيع و هو تحت التشييد ، أو كان العقد الذي تم بناؤه تنفيذا له ، هو عقد مقاولة ، أو عقد وكالة ، أو عقد تمويل عقاري ، أو عقد تشييد منازل خاصة أو فيلات....الخ.(1)

و أما عن عمومية اللفظ فتستفاد من إطلاق لفظ Acquéreur (و هو من تؤول إليه ملكية العقار) دون تقييده بقيد معين ، و الأصل أن المطلق يؤخذ على إطلاقه حتى يقيد ، و حيث لا قيد ، إذن فالإطلاق واجب .

و على ذلك ، فمقتضى هذا التعميم نصا و لفظا ، أن كل من آلت إليه ملكية العقار الذي تم تشييده ، يستطيع أن يباشر دعوى الضمان العشري ، إذا توافر مقتضاها ، و كانت مدة الضمان لم تنته بعد .

فلم يعد الأمر قاصرا على رب العمل و خلفه العام باعتباره امتدادا لشخصية سلفه ، أو على الخلف الخاص ، لرب العمل ، أي ذلك الذي تربطه علاقة تعاقدية ، أو غير تعاقدية ، مع رب العمل نفسه أو من تلقى عنه ملكية العقار، و إنما اسند الاختصاص بمباشرة دعوى الضمان العشري، و بنص القانون ، إلى كل من تلقى ملكية عقار حديث التشييد أي لم يتجاوز بعد مدة العشر سنوات من تاريخ تسلمه إلى

01- أنظر في هذا المعنى: عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 630.

تاريخ حدوث التهدم، أو ظهور العيب المعتبر به. و دون اعتبار ممن تلقـــــاه ، و لا كيف آلت إليه ملكيته . فقد يكون تلقاه من رب العمل نفسه ، أو من خلفه العام أو الخاص ، أو تلقاه مباشرة ممن قام بالتشييد بنفسه ، مهندسا معماريا كان أم مقاولا ، يمتهن مهنة التشييد و البناء لحسابه الخاص ثم يبيع ما شيد ، سواء كان البيــع قبــل تمام الإنجاز أم بعده ، أو تلقاه من ممول عقاري ، أو حتى من معماري الفيلات أو المنازل الخاصة .

و قد تكون ملكيته قد آلت إليه بطريق البيع أو الميراث أو الوصية أو الهبة ، إلى غير ذلك من الأسباب المعتبرة قانونا في نقل الملكية ، و سواء شيد العقار بناء على عقد مقاولة ، أو عقد وكالة أو عقد تمويل عقاري أو عقد تشييد منازل خاصــة أو فيلات ، إلى آخر ذلك من الوسائل القانونية التي شاع استعمالها كثيرا في عصرنا الحاضر بقصد التهرب من أحكام الضمان العشري .

والأساس القانوني ، أو علة الاختصاص بإقامة دعوى الــضمان العــشري ، جعله المشرع الفرنسي هذه المرة أيضا في انتقال ملكية العقار من شخص إلى آخر بأي طريقة من طرق انتقالها المعتبرة قانونا ، و بعبارة أخرى فإنه قد جعل الحق في إقامة هذه الدعوى من توابع الملكية ، يرتبط بها وجودا و عــدما ،و يلحقهــا أينمــا سارت .

ثالثا : تقديرنا لمسلك المشرع الفرنسي و مدى حاجتنا لنهج مثله :

أوضحنا في النقطتين السابقتين ، كيف كانت أصداء التدخل التشريعي الأول و الثاني في فرنسا على النطاق الشخصي الدائن أو المــستفيد بأحكــام الــضمــان العشري ، بحيث لم يقف عند المستفيد التقليدي من هذه الأحكام و هو رب العمل و خلفيه ، العام و الخاص ، طبقا لإجماع الفقه و القضاء الفرنسيين على النحو الــذي ذكرناه آنفا (1) ، و إنما تعدى ذلك المدى اتساعا ، ليشمل من آلت إليه ملكية عقــار حديث التشييد ، لم يمض على تاريخ تسلمه ممن قام بتشييده عشر ســنوات علــى الأقــل ،

01- راجع ، ص179 : 182 .

كان المتلقى عنه (1) ، و طريق هذا التلقي (2) ، و كذلك أيا كان مسمى العقد الذي تم تشييد العقار تنفيذا له (3) .

و نحاول هنا، التعليق على مسلك المشرع الفرنسي في اتجاهه نحو التوسع في النطاق الشخصي الدائن أو المستفيد بأحكام الضمان العشري، ثم نبين مدى حاجتنا إلى اقتفاء نفس الأثر في هذا الخصوص.

01- تقديرنا لمسلك المشرع الفرنسي : يمكننا القول في هذا الصدد ، أن تدخل المشرع في المرتين لم يكن فعالا و مجددا فعلا إلا في حالتين فقط ، إحداهما تمت بالتدخل التشريعي الأول ، بالقانون رقم 3 لسنة 1967 ، و هي حالة من تؤول إليه ملكية عقار بيع إليه و هو تحت التشييد بعد ، تلك الحالة التي ضبط المشرع الفرنسي أحكامها ، و أخضعها لأحكام الضمان العشري بمقتضى المادة 1646-1 مدني .

أما الحالة الأخيرة ، فهي ما تمت بالتدخل التشريعي الأخير بالقانون رقم 12 لسنة 1978 ، و هي حالة من تؤول إليه ملكية عقار بيع إليه بعد تمام إنجازه و التي نصت عليها المادة 1792-1 فقرة (02) منها .

ففي كل من هاتين الحالتين ، لا يستطيع متلقي ملكية العقار المباع له – بدون تدخل المشرع – أن يرجع على البائع ، سواء كان بائعا تحت التشييد أو بعد تمام الإنجاز ، بدعوى الضمان العشري ، عند حدوث التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور العيب المعتبر بالعقار المبيع . بمعنى أنه لا تنتقل دعوى الضمان العشري إلى المشتري، لأنها لم تقرر أصلا لسلفه، و هو البائع، و لا ينتقل إلى المشتري سوى دعوى ضمان العيوب الخفية، طبقا للقواعد العامة في عقد البيع، عليه أن يباشرها خاضعا لجميع شروطها.

01- رب العمل بالمعنى المعروف، أو خلفه العام أو الخاص أو هو من قام بتشييد العقار نفسه بقصد بيعه أو هو تنمية عقارية أو أخيرا معماري مساكن خاصة أو فيلات.

02- توارث أو وصية أو هبة أو بيع (العقار تحت التشييد أو بعد تمام إنجازه).

03- عقد مقاولة أو عقد وكالة، أو عقد تمويل عقاري، أو أخيرا عقد تشييد مساكن خاصة أو فيلات.

بيان ذلك، أنه يشترط – كما سبق أن أوضحنا (1)– لقيام دعـوى الـضمان العشري، وجود عقد مقاولة يربط بين الدائن و المدين بالضمان، و هنا، مـا يـربط المدعي و المدعى عليه ليس بعقد مقاولة، و إنما هو عقد بيع.

و إزاء تخلف هذا الشرط ، فلا يستطيع متلقي ملكية العقار بإحـدى هـاتين الطريقتين ، أن يباشر دعوى الضمان ضد سلفه ، الأمر الذي تهدر معـه الحمايـة القانونية التي أراد المشرع إسباغها على كل مالك – أو من تؤول إليه ملكية – عقار حديث التشييد ، صونا للمصلحة الخاصة و العامة في المجتمع (2).

و بذلك يكون المشرع الفرنسي ، بتدخليه التشريعيين ، قد أضـاف فعـلا و حقيقة إلى المستفيدين التقليديين بدعوى الضمان العشري ، مستفيدين آخرين همـا ، من يشتري عقارا تحت التشييد طبقا لنص المادة 1646-1 مدني المستحدثة بالقانون رقم 3 لسنة 1968 ، و كذلك من يشتريه تام الإنجاز طبقا لنص المـادة 1792-1 فقرة (02) منه مدني المستحدثة بالقانون رقم 12 لسنة 1978 . و يمكننا القول، أن المشرع الفرنسي جاء بما لا يمكن لغيره أن يجيء به فعلا.

أما من يتلقى ملكية العقار المشيد بغير إحدى هاتين الحالتين، فنستطيـع – بقليل من التحليل السليم للأمور– أن نقرر أنه إنما يتلقاها إما من رب العمـل نفسه ، أو من خلفه العام أو الخاص ، و بالتالي فإن حقه في مباشرة دعوى الضمان العشري ، لم تكن بحاجة إلى تدخل تشريعي ينشئه له أو ينقله إليه ، و إنما هو ينتقل إليه بمجرد انتقال ملكية العقار باعتبار أن هذه الدعوى تابع من توابع هذه الملكية و ملحق من ملحقاتها ، و هو ما أجمع عليه الفقه و القضاء هناك (3).

و لنتتبع الآن كل حالة من الحالات التي أضافها المشرع الفرنسي إلى النطاق الشخصي المدين أو المسؤول بأحكام هذا الضمان ، لنرى عما إذا كانت قد أضافت جديدا فعلا إلى النطاق الشخصي الدائن أو المستفيد ، و ذلك ، فيما عدا حالتي البيع اللتين سبق بيانهما حالا .

01– أنظر ، فيما سبق ، ص 13 و ما بعدها من هذا البحث .

02– عبد الرازق حسين ياسين : المرجع السابق ، ص 635.

03– أنظر ، فيما سبق ، ص 212 : 215.

أ- حالة الوكيل : تقضي الفقرة الثالثة من المادة 1792 -1 بأنـــه " يعتبـــر معماريا مشيدا لعمل : 3- كل شخص - على الرغم من أنه يتصرف باعتباره وكيلا للمالك ، و يقوم بانجاز مهمة مماثلة لما يقوم به مؤجر العمل (المقاول) "(1).

و لقد أوضحنا ، فيما سبق (2) ، عند تعقيبنا على مسلك المشرع الفرنـــسي فيما يتعلق بالنطاق الشخصي المدين بأحكام هذا الضمان ، أن العقد في هذه الحالة ، و إن اكتسى ثوب الوكالة ، و ذلك فيما يتعلق بالأعمال المادية التـــي يباشرهـــــــا الوكيل ، و التي هي ليست من طبيعة الأعمال التي تشكل موضوع عقد الوكالة ، بل هي ، في الحقيقة و الواقع ، من طبيعة أعمال عقد المقاولة .

و على ذلك ، فإن هذا الوكيل ، و إن كان يتصرف على أنه وكيـــل عـــــن المالك ، إلا أنه بالنسبة للأعمال المادية التي يؤديها و المتمثلة في عملية التـــشييد و البناء ، و التي هي من نوع المهام التي يقوم بها عادة ، المقاول ، فإنه تسري عليـــه أحكام عقد المقاولة ، بمعنى أنه يخـــضع لأحكـــام الـــضمان العـــشري الخاصـــــة بالمشيدين ، و يكون - بناء على ذلك - مدينا بدعوى الضمان في مواجهة المالـــك الموكل ، التي تنتقل منه إلى الخلف العام أو الخاص ، تبعا لانتقال ملكية العقار إلى أي منهما .

و نتيجة كل ذلك ، أن لم يترتب - في تقديرنا - على مـــا قـــرره المـــشرع الفرنسي بالمادتين 1792-1 فقرة (3) من إخضاع الوكيل لأحكام الضمان العشري الخاص بالمشيدين ، اتساع فعلي و حقيقي ، في النطاق الشخصي الدائن أو المستفيد بأحكام هذا الضمان ، حيث أنها لم تضف إلى المستفيد التقليدي ، و هو رب العمـــل أو خلفه العام أو الخاص مستفيدا جديدا ، و إن أبرم الوكيل عند انتقال الملكية بنفسه، كما لم يترتب عليه ، اتساع في النطاق الشخصي المدين أو المسؤول بأحكامه .

ب- حالة عقد التنمية العقارية: سبق، و أن أوضحنا أيضا، بصدد تعقيبنا على مسلك المشرع الفرنسي بالنسبة للمرقي العقاري، أن عقد التنمية العقاريـــــــــــة،

01- أنظر النص باللغة الفرنسية ، ص 184 ، هـ 02.

02- عبد الرازق حسين ياسين : المرجع السابق ، ص 637.

هو في حقيقته عقد وكالة مأجورة مختلطة بمقاولة ، و بالتالي فإن المرقي العقاري – حسب التشريع الفرنسي – يكون مسؤولا بالضمان العشري قبل رب العمل ، فيما يتعلق بالأعمال المادية التي يباشرها ، و التي لا تدخل بطبيعتها في نطاق شق الوكالة من هذا العقد ، بل هي من طبيعة عقد المقاولة تسري عليها أحكامه .

و على ذلك ، فإن متلقي ملكية هذا العقار ، الذي شيده المرقي العقاري ، تنفيذا لعقد التنمية العقارية المبرم مع رب العمل ، يعتبر في واقع الأمر و حقيقته ، خلفا عاما أو خاصا ، على حسب الأحوال ، لهذا الأخير ، يتلقى عنه أيضا الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري ، ضد المنمي العقاري ، عند قيام موجبها ، و ذلك تبعا لتلقي ملكية العقار (1).

و خلاصة كل ذلك، أنه لم يترتب على الإخضاع الصريح للمرقي العقاري لأحكام ضمان المشيدين، اتساع حقيقي في النطاق الشخصي الدائن أو المستفيد بأحكام هذا الضمان. بل هو مجرد اتساع ظاهري، حيث كان العمل قد جرى على ذلك منذ أمد بعيد (2).

ج- <u>حالة معماري المنازل الخاصة أو الفيلات</u> (3): أوضحنا، فيما سبق، أن معماري المساكن الخاصة أو الفيلات ، يمكن أن يباشر نشاطه ، إما لحسابه الخاص ، فيكون بائعا للعقار تحت التشييد ، أو بعد تمام إنجازه ، و إما لحساب رب العمل ، و في كلتا الحالتين ، فإن متلقي ملكية هذا العقار ، يتلقى مهما الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري ، ضد هذا المعماري أو المشيد ،سواء تلقى الملكية منه شخصيا ، إذا كان هذا الأخير بائعا ، أو تلقاها من رب العمل نفسه ، إذا كان المعماري قد بنى لحساب هذا الأخير . و في كلتا الحالتين هو خلف خاص، سواء

01- راجع ، فيما سبق ، ص 201: 214.

و انظر عكس ذلك، ياقوت، المرجع السابق، ص 79، حيث يرى أن رب العمل نفسه ليس له أن يباشر دعوى الضمان العشري ضد المنمي العقاري، لأن العقد الذي تم تشييده تنفيذا له ليس بعقد مقاولة، و إنما هو عقد تنمية عقارية.

02- عبد الرازق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 638.

03- أنظر بالنسبة لهذا الموضوع ، ص 214 : 216.

للمعماري نفسه – حالة الشراء منه مباشرة – أو لرب العمل، حالة التلقي من هـذا الأخير.

و على ذلك ، فإن تدخل المشرع الفرنسي ، بالنص صراحة على إخـضاع معماري المساكن الخاصة أو الفيلات لأحكام الضمان العشري ، كما لم يضف جديدا إلى النطاق الشخصي المدين ، كما سبق و أن أوضحنا (1) ، فهو أيضا لـم يوسـع توسيعا حقيقيا من النطاق الشخصي الدائن أو المستفيد بأحكام هذا الضمان ، حتى و إن كان الظاهر على خلاف ذلك (2).

02- مدى حاجتنا لتوسيع دائرة المستفيدين بأحكام الضمان العشري، علـى ضوء أحكام التشريع الفرنسي: بينا في الفقرة الـسابقة (3) ، كيـف أن المـشرع الفرنسي ، كان قد تبنى مبدأ معينا ، مؤداه أن كل من تؤول إليه ملكية عقار حـديث التشييد ، أي لم يمض على تسلمه ممن قام بتشييده مدة عشر سنوات ، يكـون لـه الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري ، عند توافر مقتضاها ، ضد كل من ساهم من المعماريين أو المشيدين في إقامة هذا البناء ، و لا يهم بعد ذلك ممن تلقى هـذه الملكية ، و لا كيف تلقاها ، و لا نوع العقد الذي تم تشييد العقار تنفيذا له .

و إذا كنا في مجال تقديرنا لمسلك المشرع الفرنسي هذا ، قـد أوضـحنا أن التوسيع الحقيقي في هذا النطاق ، هو ما جاء به نص المـادة 1646-1 الخاصـة بإخضاع بائع العقار تحت التشييد لأحكام هذا الضمان (4) ، و المادة 1792-1 فقرة ثانية منها التي أخضعت لأحكامها أيضا ، بائع العقار بعد تمام إنجازه (5) ، و أمـا ما كان من النص صراحة على إخضاع الوكيل ، و المنمي العقاري ، و معمـاري المساكن الخاصة أو الفيلات ، لأحكام هذا الضمان ، لم يترتب عليه توسيع حقيقي و فعلي في هذا النطاق ، و إنما هو مجرد توسيع ظاهري ، إن لم يكن في الحقيقة إلا تقريرا من جانب المشرع لما هو كائن .

01- أنظر ، فيما سبق ، ص 215 و 216 من هذا البحث.

02- أنظر: عبد الرازق حسين ياسين: المرجع السابق، ص 639.

03- أنظر ، فيما سبق ، ص 251 و 252 .

04- أنظر ، فيما سبق ، ص 253

و إذا كنا قد قلنا ذلك ، فإننا أشرنا (1) ، و نشير أيـضا هنـا ، أن تـدخل المشرع الفرنسي في هذه الحالات الثلاث الأخيرة ، لم يكن ليعدم الفائدة القانونيـة و العملية ، إذ ترتب عليه إعفاء القضاء من عناء التكييف بالنسبة لهـذه العقـود ، و وضع حد لكل جدل يتصور أن يقوم بالنسبة لهذا التكييـف ، و أصـبحت تخـضع لأحكام هذا الضمان ، طبقا لما قرره المشرع ، مهما كان وصفها من الأطراف ، و أيا ما كان ما أطلق عليها من المسميات .

أما عن الوضع عندنا في الجزائر ، و بعد مرور أكثر من ثلاثين سنة علـى وضع قانوننا المدني ، تغيرت فيها الأوضاع و تبدلت في مجال التشييد و البنـاء ، لاسيما تحت ضغط الأزمة الطاحنة للسكن ، و تغيرت فيها أيضا أسـاليب البنـاء و تنوعت ، ليس فيما يتعلق بالأساليب الفنية فحسب ، و إنما ، أيـضا ، فيمـا يتعلـق بالأساليب القانونية ، فبد أن تلقي ملكية العقار المشيد ، أو المنشأ الثابـت المقـام ، يكون عادة عن طريق الاستخلاف العام أو الخاص لرب العمل ، انتشرت الآن حالة تلقي ملكية هذا العقار ممن يقومون بالتشييد و البنـاء أنفـسهم ، كالمهندسيـن المعماريين ، و المقاولين ، و المنمين العقاريين ، بحيث لا تسري في مواجهتهم (2) في هذه الحالة ، أحكام الضمان العشري ، لعدم توفر شرط وجود عقد مقاولة ، الذي لم يزل على الساحة التشريعية الجزائرية من أسس تطبيق أحكامه .

و لما كان التوضيح بالمثال دائما أكثر إنارة، فإننا – بغية التوضيح – نسوق المثال التالي: أقام مهندس معماري و مقاول مبنيـين متجـاورين و متحـدين فـي المواصفات، أحدهما لرب العمل، بناء على عقد مقاولة و الآخر لحسابهما الخاص. تسلم رب العمل مبناه ثم بعد أربع سنوات مثلا (3) باع هذا المبنى لآخر، و في نفس الوقت باع المهندس المعماري و المقاول مبناهما لشخص آخر.

فإذا، فرضا، و أن حدث في كل من المبنيين، تهدم كلي أو جزئـي،

01- أنظر ، فيما سبق ، ص 187 : 202 و 216 .

02- غير أن المرقي العقاري تسري في مواجهته أحكام الضمان العشري استثناء فقط في حالـة عـدم إلـزام المهندس المعماري و المقاول بالتأمين على مسؤوليتهما العشرية .أنظر ، فيما سبق ، ص 212 : 214 .

03- أو أقل من ذلك أو أكثر، بشرط عدم تجاوز عشر سنوات من تاريخ التسلم.

أو ظهر بهما عيب يهدد متانتهما و سلامتهما (1) ، كان باستطاعة المشتري من رب العمل ، أن يرجع بدعوى الضمان العشري على كل من المهندس المعماري و المقاول ، باعتباره خلفا خاصا لرب العمل قد تلقى عنه الحق في مباشرة هذه الدعوى ضدهما ، تبعا لتلقي ملكية البناء منه . في حين ، لا يستطيع المشتري من المهندس المعماري و المقاول أن يرجع عليهما ، إلا بمقتضى قواعد عقد البيع ، و على الأخص ضمان العيوب الخفية في المبيع ، أي أنه بينما سرت على العلاقة الأولى أحكام ضمان عقد المقاولة ، و هو الضمان العشري ، تحكم العلاقة الثانية أحكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع ، و شتان ما بين الضمانيين ، رغم اتحاد العلاقتين في الطبيعة القانونية ، أي أن الاثنتين عقد بيع (2).

إن النتيجة التي أفضى إليها هذا المثال – كما رأينا – لتوضح ، مدى حاجتنا إلى خطوة جريئة من المشرع الجزائري ، يوحد بها المعاملة بين هذه الصيغة من التعامل ، التي و إن اختلفت شكلا ، إلا أنها تتحد في الغرض الذي تهدف إلى تحقيقه كل منهما .

و إننا نرى ، أن يكون محور هذه الخطوة ، و الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه، هو أن من يتلقى ملكية عقار ، بناء كان أو أي منشأ ثابت آخر حديث التشييد، أي لم يمض على تاريخ تسلمه الفعلي أو الحكمي عشر سنوات ، يكون من حقه أن يباشر دعوى الضمان العشري ، ضد من قام بتشييد هذا العقار ، دون نظر لما إذا إذا كانت الملكية قد انتقلت إليه من رب العمل الذي أقيم البناء ، أو شيد المنشأ الثابت لحسابه فعلا ، أو كانت قد انتقلت من المهندس المعماري أو المقاول أو المنمي العقاري ، ممن يكون قد اتخذ مهنة البناء و التشييد ، سبيلا للاستثمار ، أو وسيلة لكسب معاشه . و دونما اعتبار أيضا، لما إذا كان العقار قد أقيم تنفيذا لعقد مقاولة، أو عقد وكالة أو عقد تنمية عقارية...إلى غير ذلك من الوسائل القانونية التي يمكن أن تبتكر في مجال العمل لتحقيق ذات الغرض.

01- و كان ذلك قبل أن تمضي مدة عشر سنوات على تاريخ تسلم رب العمل لبنائه.

02- راجع ما سبق أن قيل فيما يتعلق ببيان الفرق بين كل من عقد المقاولة و عقد البيع ، ص 23 و ما بعدها .

و بذلك نكون قد وفرنا الحماية القانونية اللازمة ، بتقرير الحق في مباشـــرة دعوى الضمان العشري الاستثنائية لكل من تنتقل إليه ملكيـــة العقـــار المـــشيد ، أو المنشأ الثابت المقام ، فينقطع بذلك السبيل ، و تسد الذرائع أمام محاولات التفلـــت و الهروب من أحكام الضمان العشري، التي ما تقررت إلا لرعاية الصالحين العـــام و الخاص.

و إن النص على إخضاع كل من بائع العقار تحت التشييد و بائعه بعد تمـــام إنجازه – سواء كان البائع مرقي عقاري أو غيره من الأشخاص – ليضيف في حد ذاته توسعا كبيرا و حقيقيا إلى النطاق الشخصي الدائن أو المـــستفيد بأحكـــام هـــذا الضمان ، و التي كانت لأسباب و ظروف عصر قـــد تقـــررت ضـــد المهندســـين المعماريين و مقاولي البناء فقط .

خاتمة الفصل

وقفنا من خلال هذا الفصل من البحث على مدى التطور الذي حصل على مستوى النطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري في التشريع الفرنسي ، فبالإضافة إلى المهندس المعماري و مقاول البناء ، المسؤولين التقليديين بموجب أحكام الضمان العشري ، وسع الإصلاح الذي جاء به المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 12 لسنة 1978 قائمة المدينين بأحكام الضمان العشري ، لتشمل كل من ارتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ، سواء كان مقاولا أو مهندسا معماريا ، فنيا ، أو غيرهم من الأشخاص الآخرين .

كما أصبح المراقب الفني بعد أن كان بمنأى لوقت طويل من الزمن عن أحكام هذا الضمان، خاضعا له.

و الملاحظ في هذا التجديد الذي جاء به المشرع الفرنسي، أنه أخضع لأحكام الضمان العشري أشخاصا لا يربطهم عقد مقاولة مع رب العمل، كما هو الشأن بالنسبة لبائع العقار، الوكيل، الصانع، المستورد و الموزع، المرقي العقاري، و معماري المنازل الخاصة.

و قد بينا مدى حاجتنا إلى مثل ماء جاء به المشرع الفرنسي من تعديلات ، خاصة بالنسبة للصانع ، و مستورد و موزع المنتج ، لما عرفه مجال البناء من تطورات تكنولوجية أدت إلى تزايد أهمية المنتجات الصناعية و دورها في عملية البناء ، و ما تعرفه السوق الوطنية من إغراق بمختلف السلع و البضائع الأجنبية ، ينبغي معها حماية رب العمل و المجتمع ككل مما تشكله من مخاطر أو رداءة .

كما أن إخضاع بائع العقار ، سواء كان تام التشييد أو لم يشيد بعد ، لأحكام الضمان العشري ، يشكل نقلة نوعية في أحكامه ، لسده كل الثغرات التي يمكن أن يلجأ إليها المشيدون للتهرب من أحكام الضمان العشري ، و ذلك باتخاذهم صيغا أخرى غير عقد المقاولة في معاملاتهم العقارية ، خاصة أمام تطور الأساليب القانونية ، حيث أصبح تلقي ملكية العقار يتم عن طريق الاستخلاف العام أو الخاص

لرب العمل ، و انتشار ظاهرة تلقي الملكية ممن يقوم بتشييد العمل ، كالمهنـــدس و المقاول ، و المرقي العقاري .

و أخيرا نشير إلى أن الوقت قد حان ، لإخضاع المقاول من الباطن لأحكـــام الضمان العشري ، و هو ما لم يفعله المشرع الفرنسي في إصلاحاته المتتالية ، و لا المشرع الجزائري ، لما أصبحت تشكله المقاولات من الباطن من أهمية فيما ينجـــز أو يشيد .

الخاتمــــــــــــــــــــــــــة

الخاتمـــــــــــــة

و في ختام بحثنا هذا ، نشير إلى أنه بالرغم من أهمية موضـــوع الـــضمان العشري ، إلا أن المشرع الجزائري وقف به عند حدود المادة 554 و ما بعدها من القانون المدني ، حتى أن التعديلات التي جاء بها فيما بعد ، بموجب المادة 178 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات ، و التي وسعت النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري ، بإدخالها عيب المساس بمتانة العنصر التجهيزي في البناء ضمن دائرة العيوب التي يشملها هذا الضمان ، و المادة 02/8 من القانون رقـــم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري ، و التي لم تخضع المتعامل في إطار الترقيـــة العقاريـــة لأحكام الضمان العشري المنصوص عليها بموجب المادة 554 من القانون المـــدني إلا استثناء و ذلك في حالة إخلاله بالتزامه المتضمن إلزام المهنـــدس المعمـــاري و المقاول بالتأمين على مسؤوليتهما العشرية ، جاءت ارتجالية ، دون دراســـة وافيـــة للثغرات القانونية ، فأثارت المزيد من اللبس و الغموض .

كما أن الفقه و القضاء الجزائريين ، لم يساهما إطلاقا في تـــدعيم و تطـــوير أحكام الضمان العشري بما يتماشى و المستجدات المحلية و الدولية .

خلافا لذلك ، فإن المشرع الفرنسي ، و إن بقي محافظـــا علـــى أحكـــــــام الضمان العشري التي جاء بها قانون نابليون ســـنة 1804 ، مـــا يفـــوق القـــرن و النصـــــــف من الزمان ، إلا أن جهود الفقه و القضاء الفرنسيين ، ســـاهما فـــي تطوير أحكـــــام المادتين 1792 و 2270 من التقنين المدني ، بل أن هذه الجهـــود كانت دائما وراء كل التعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي بموجب قانون 1967 ثم تعديل 1978.

و الآن ، و قد مضى على وضع قانوننا المدني أكثر من ثلاثين ســـنة مـــن الزمان ، ليست كسابقيها ، إذ أن التقدم التكنولوجي في مجال البناء بلغ ذروته خلال هذا القرن ، و خطى فن المعمار أميالا ، لم يبلغها في المئات من السنين الماضية ، استجابة لمتطلبات العصر ، و تماشيا مع مقتضيات الحياة الحديثة ، و هو ما دفـــع المشرع الفرنسي ، إلى التدخل بالتعديل تارة ، و بالإصلاح تـــارة أخـــرى مـــرتين

متتاليتين و متقاربتين ، وسع بموجبهما من طبيعة الأعمال محل الضمان ، و دائـــرة العيوب التي يشملها ، كما مد في النطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري ، ليشمل كل من يساهم من قريب أو بعيد في إقامة المباني و المنشآت الثابتة الأخرى .

نظن أن الوقت قد حان ، لتدخل مشرعنا بتعديل أحكام الضمان العــشري ، ليعيــد تنظيمها ، و يجدد أحكامها ، بما يتماشى و متطلبات العصر ، فيوسع مـــن نطاقهـــا الموضوعي و الشخصي ، بما يضمن حماية أكبر لرب العمل ، و المجتمع ككل .

و من خلال دراستنا المقارنة هذه، استطعنا الوقوف على جملة من النقـــاط، رأينا ضرورة تناولها من طرف المشرع في أقرب تعديل، لتحقيق الحماية القانونيـــة المبتغاة من أحكام الضمان العشري، و يمكننا تلخيص هذه النقاط، فيما يلي:

أولا : تعديل نص الفقرة الأولى من المادة 554 من القانون المـــدني ، بمـــا يتلاءم و التطور الحاصل في مجال البناء ، و ذلك بإخضاع المهندسين و المقـــاولين و كل من ارتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ، لأحكام الضمان العشري ، و ذلك كما فعل المشرع الفرنسي .

ثانيا : تنظيم مهنة المقاول المعماري تنظيما قانونيا و فنيا ، كما هو الـــشأن بالنسبة لمهنة المهندس المعماري ، حيث يتم وضع شروط معينة لكل تخصص ، و حسب درجة أهمية الأعمال التي تباشر كما و كيفا ، حتى لا يكون مجرد توفر رأس المال هو المعيار الوحيد لممارسة هذه المهنة .

ثالثا: النص صراحة على إخضاع المقاول من الباطن – سواء فيما بينـــه و بين رب العمل، أو فيما بينه و بين المقاول الأصلي – لأحكام الـــضمان العـــشري، تحقيقا للدوافع، و إعمالا للاعتبارات التي سقناها في بحثنا.

رابعا: توسيع دائرة الأشخاص الخاضعين لأحكام الضمان العشري ، و ذلك بالنص الصريح ، على الخضوع لأحكامها ، كل من يمتهن صناعة المباني ســـابقة

التجهيز في مجموعها ، أو في جزء منها ، و بيعها ، و كذلك كل الصناع الذين يشاركون بمنتجاتهم في عملية البناء–ضمن الشروط التي سبق الإشارة إليها– أو من يستوردون هذه المنتجات الصناعية ، أو يتولون توزيعها و بيعها ، و ذلك تسهيلا على المشتري – رب العمل – الحصول على التعويض إذا ما أصابه ضرر من هذه المنتجات .

و كذلك كل من تكون مهنته تشييد المباني لحسابه الخاص ، سواء بنفسه أو بواسطة الغير ، ثم يقوم ببيعها قبل مضي عشر سنوات من تاريخ تمام إنجازها ، سواء تم هذا البيع و هي تحت الإنجاز أو بعد تمامه ، و سواء انصب البيع على كل العقار المشيد أو على جزء منه ، كما هو الشأن بالنسبة للمرقي العقاري في التشريع الجزائري .

خامسا: تعديل نص الفقرة الثانية من المادة 554 مدني ، بما يوسع في دائرة العيوب التي تشكل نطاقا موضوعيا لسريان أحكام الضمان العشري ، بحيث يجعلها تشمل إضافة إلى العيوب المذكورة بها – أي التي تهدد البناء أو المنشأ الثابت الآخر– العيوب الأخرى ، التي يكون من شأنها أن تجعل العمل المقام غير صالح لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجل الوفاء به ، خاصة أمام ما نعانيه من عدم صلاحية منشآتنا لتحقيق ما تقام من أجله من أغراض .

هذا ، و نضيف بعد خاتمتنا هاته ، ملحقا نضمنه المشروع المقترح من جانبنا لإعادة تنظيم نطاق أحكام الضمان العشري في قانوننا المدني ، و الذي نرجو أن يأخذه المشرع بعين الاعتبار في أي تعديل مرتقب لأحكام القانون المدني .

ملحـــــــــــــــــــــــق

ملحـــــــــــــق

"بالمشروع المقترح لإعادة تنظيم نطاق أحكام الضمان العشري للمشيدين في القانون المدني الجزائري "

المادة 554:

(1) يضمن المهندسون و المقاولون و كل من ارتبط مع رب العمـــل بعقـــد مقاولة إقامة مبان أو منشآت ثابتة أخرى ، و ذلك بالتضامن فيما بينهم ، ما يحدث ، خلال عشر سنوات من تاريخ التسلم النهائي للعمل ، من تهدم كلي أو جزئي ، فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ، و ذلك و لو كان التهـــدم ناشـــئا عن عيب في الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة .

(2) و يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يحدث في المباني و المنشآت الثابتة الأخرى ، خلال مدة الضمان ، من عيوب يترتب عليهـــا تهديـــد متانتها و سلامتها ، أو تجعلها غير صالحة لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله .

المادة 554 مكرر:

يسري الضمان المنصوص عليه بالمادة السابقة – بالإضافة إلى من ذكـــروا بالفقرة الأولى بها – على الأشخاص الآتي ذكرهم :

(1) كل من تكون مهنته تشييد المباني لحسابه الخـــاص ، ســـواء بنفـــسه أو بواسطة الغير ، ثم يقوم ببيعها قبل مضي عشر سنوات من تاريخ تمام إنجازهـــا ، سواء تم هذا البيع و هي تحت الإنجاز أو بعد تمامه ، و سواء انصب البيع على كل العقار المشيد أو على جزء منه .

(2) كل من قام ، بمقتضى عقد المقاولة من الباطن ، بتنفيذ العمل محل عقـــد المقاولة الأصلي في مجموعه أو في جزء منه ، و ذلك بالتـــضامن مـــع المقـــاول الأصلي ، سواء كان ذلك بالنسبة للعلاقة فيما بينه و بين رب العمل ، أو فيما بينه و بين المقاول الأصلي .

(3) كل من قام ، بمقتضى عقد وكالة بينه و بين رب العمل ، بعمل من الأعمال المادية في إقامة بناء او منشا ثابت آخر ، على الرغم من أنه يتصرف على أنه وكيل عن رب العمل .

(4) كل من قام بصنع بناء أو جزء من بناء ، أو أي منشأ ثابت آخر أو جزء منه ، سابق التجهيز ، او استورده ، أو وزعه على أنه من إنتاج مصنعه ، و ذلك بالتضامن فيما بينه و بين المقاول الذي قام بتثبيت هذا المصنوع في مكانه ، متى كان هذا الأخير قد ثبته ، دون تعديل فيه ، و طبقا لتعليمات صانعه أو مستورده أو موزعه .

مراجـــع

قائمة المراجع

التي استعنت بها، مرتبة حسب الحروف الأبجدية لمؤلفيها (1)

أولا: المراجع اللغوية:

أ- باللغة العربية:

01- مختار الصحاح : للرازي (الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القـــادر) ط . دار التنوير العربي، بيروت، 1985.

ب- باللغة الفرنسية:

01-Le Robert pour tout ; Paris, 1994.

ج- باللغتين الفرنسية و العربية:

01- Ibrahim najjar, Ahmed zaki badaoiu et Youssef chellalah: Dictionnaire juridique – Français – Arabe, librairi du liban.1995.

ثانيا : المراجع القانونية :

(1) باللغة العربية:

أ: المراجع العامة:

01- إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، ج 02، أحكام الالتزام، 1967، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة.

02- أنور سلطان :

- العقود المسماة، عقد البيع، ط 02، 1952، دار المعارف، مصر.
- النظرية العامة للالتزام، ط 1970، منشأة المعارف، الإسكندرية.

03-إيهاب حسن إسماعيل : قانون العمل ، ج 01، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة.

01- عند تعدد المراجع أو المقالات أو التعليقات لمؤلف واحد ، لجأت إلى ترتيبها – فيما بينهـــا – حـــسب تاريخ نشرها .

04-عبد الرزاق أحمد السنهوري : شرح القانون المدني الجديد ، العقود الـواردة على العمل و الوكالة و الوديعة و الحراسة، ج 01 ، ط 03 ، بيروت ، لبنان 1998.

05- عبد المنعم البدراوي : في أصول القانون المدني المقارن ، ط 02 ، 1970 ، القاهرة .

06- محمود جمال الدين زكي: عقد العمل في القانون المصري، ط 03، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة.

07-محمد حلمي مراد: قانون العمل و التأمينات الاجتماعية ج 02، في علاقات العمل الفردية، مطبعة دار القلم، القاهرة، 1965.

08- محمد عبد القادر علي الحاج : مسؤولية المنتج و الموزع ، دراسة في قانون التجارة الدولية ، مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، رسالة مقدمة إلى كلية الشريعة و القانون ، جامعة صنعاء ، ط 1982 ، دار النهضة العربية ، القاهرة.

09-محمد كامل مرسي: شرح القانون المدني المصري – العقود المسماة – ط 2، المطبعة العالمية و دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952.

10- محمد لبيب شنب :

- شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962.
- شرح قانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.

ب- المراجع الخاصة :

01- بن عبد القادر زهرة ، الضمان العشري للمشيدين في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة باتنة ، 2004

02-عبد الرازق حسين ياسين : المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري و مقاول البناء (شروطها – نطاق تطبيقها – الدراسات المستحدثة فيها) ، دراسة مقارنة في القانون المدني ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، الطبعة الأولى ، 1987.

03- محمد شكري سرور : مسؤولية مهندسي و مقاولي البناء و المنـشآت الثابتـة الأخرى ، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري و القانون المدني الفرنـسي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1985.

04- محمد ناجي ياقوت: مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال و تسلمها مقبولـة من رب العمل ، منشأة المعارف ، دار وهدان للطباعة و النـشر ، الإسـكندرية ، بدون طبعة.

05- محمد حسين منصور ، المسؤولية المعمارية في حوادث و انهيـار المبـاني ، أثناء و بعد التشييد و التأمين الإجباري عنها ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون طبعة.

06- عبد الناصر توفيق العطار : تشريعات تنظيم المباني و مسؤولية و المهندس و المقاول ، مطبعـة السعـادة ، 1972.

07-عياشي شعبان : الضمان العشري لمهندسي و مقاولي البناء في القانون المدني الجزائري - دراسة مقارنة بين التشريع المدني الجزائري ، المصري و الفرنسي - رسالة ماجستيير ، فرع العقود و المسؤولية ، جامعة قسنطينة ، 1988 .

08- فتحي غيث: قانون المهندس، دار المعرفة، القاهرة، 1960.

09- كامل فؤاد : المسؤولية المدنية عن تهدم البناء في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، فرع العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر ، 2002/2001.

ج- المقالات:

01- زناتي محمود سلام : ترجمة قانون حامورابي ، مجلـة العلـوم القانونيـة و الاقتصادية ، عدد يناير 1971.

02- محمد النفوري : التزامات البناء و مسؤوليته عـن تـصدع البنـاء ، مجلـة المحامون السورية ، الأعداد (4، 5، 6) ، 1992 .

03- هولو بوظو ، مسؤولية المقاول ، مجلة الرائد العربي ، العـدد(13) ، الـسنة الرابعة 1986 .

04- يوسف إبراهيم ، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري و المقاول ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، 1995 ، الجزء (3) .

ثالثا : النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع :

1- القوانين :

أ- القانون رقم: 75-58 المؤرخ في: 1975/09/26، و المتضمن القانون المدني (المعدل و المتمم).

ب- القانون رقم : 80-07 المؤرخ في : 1980/08/09 ، و المتضمن قانون التأمين ، الجريدة الرسمية العدد 33 (المعدل و المتمم).

ج- القانون رقم: 86-07 المؤرخ في: 1986/03/04، و المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 10 لسنة 1986، ص 350 (و الملغى).

د- القانون رقم : 04-06 المؤرخ في : 2006/08/14 الذي يعدل و يتمم المرسوم التشريعي رقم 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري .

2- الأوامر:

أ- الأمر رقم : 66-22 المؤرخ في : 1966/01/13 ، و المتعلق بمهنة المهندس المعماري .

ب- الأمر رقم : 71-85 مكرر المؤرخ في : 1971/12/29 ، و المتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء و تحديد قانونها الأساسي ، الجريدة الرسمية العدد 04 لسنة 1978 (المعدل).

3- المراسيم:

أ- المرسوم رقم: 86-205 المؤرخ في 19 أغسطس و المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، الجريدة الرسمية العدد 34 لسنة 1986.

ب- المرسوم التنفيذي رقم: 83-666 المؤرخ في: 1983/11/12 الـذي يحـدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و البنايات الجماعية، الجريدة الرسمية العدد 47، الصادرة بتاريخ: 1983/11/15.

ج- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1993/03/01 ، المتعلق بالنشاط العقاري ، الجريدة الرسمية العدد 14.

د- المرسوم التنفيذي رقم 94-59 المؤرخ في : 1994/03/07 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير البنايات الجماعية .

هـ- المرسوم التشريعي 94-07 المؤرخ في : 1994/05/18 ، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و بممارسة مهنة المهندس المعماري ، الجريدة الرسمية العدد 32.

و- المرسوم التنفيذي رقم : 95-414 المؤرخ في : 1995/12/09 ، المتعلق بإلزامية التأمين في مجال البناء و مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية ، الجريدة الرسمية العدد 76.

4- القرارات:

أ- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في : 1988/05/15 المتعلق بكيفيات ممارسة و تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك ، الجريدة الرسمية العدد 43 الصادرة بتاريخ : 1988/11/26 .

(2) باللغة الفرنسية :

(A) Ouvrages généraux:

01- Albou (Francoise) : Le défaut d'origine phonique du bâtiment d'habitation et la responsabilité des constructeurs, Thèse paris 1981.

02-Colin (A) et Capitant (H) : cour élémentaire de droit civil français, T 2, Paris, 1953, par : Léon – Jelliat de la morandière.

03-Flamme (A) et le Paffe (J) : Le contrat d'entreprise, Bruxelle, 1966 .

04-Huet (J): traité de droit civil: Les principaux contrat spéciaux , Paris , librairie générale du droit et de jurisprudence , 1996 .

05-Liet –Veaux : La profession de l'architecture .T 2 .Paris.1963.

06-Malinvaud (Ph) et Gestaz (Ph) : Droit de la promotion immobilière, 2 éd, Paris, 1980.

07- Maulaurie (Philippe): cour de droit civil, v.08 : les contrats spéciaux, civil et comerciaut : vente – mandat , bail , contrat d'entreprise , échange. Ed. Pierre(y), paris.

08-Mazeaud (H, L et Y) :

- Traité théorique et pratique de la responsabilité délectuelle et contractuelle .T1 ; 6 éd .1965.

-Leçon de droit civil. 3 éd .1968 (2.v) Principaux contrats. Par JUGLART (De.M) .

-Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle, T.2. 6 éd. 1970.

-Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle, T III, Vol .1, 5 éd, 1980, par Juglart.

09 - Planiol et Ripert :

" Traité pratique de droit civil français":

- T.II par Boulangier 3 éd-1949.

- T.XI par Rousat (A), 2 éd .1954.

10-Pigot : La réforme de l'assurance construction, éd L'arhus, Paris, 1980.

11- Saint – Alary : Droit de construction ,1 éd .Paris 1982.

12-Taffo (R) : Les rapports entre le sous traitant, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal dans l'ordre interne français et dans les relations internationales .Thèse Paris, 1981.

13-Viney (G): Les obligation , La responsabilité (condition) , Traité de droit civil sous la direction de Ghestin (J), Tome IV, L .g .d .j .1982.

(B) Ouvrages spécialisés :

01-Bellahsene (A) : La responsabilité civil des architectes et entrepreneurs, mémoire pour le diplôme d'étude supérieure de droit privé, université Alger, 1977.

02-Boubli (B) : La responsabilité des architectes, des entrepreneurs, et des locateurs d'ouvrage. Paris, 1971.

03- Bricmont (G): La responsabilité des architectes et entrepreneurs en droit belge et droit français. Bruxelles- Paris, 2 éd, 1965.

04- Caston (A) : La responsabilité des constructeurs, 02 éd, 1979.

05-Karila :"Les responsabilité des constructeurs ".Ce qu'il vous faut savoir" Ency. Delma pour la vie des affaires" 1 éd .1981.

06-Labin (J.E) : La responsabilité des architectes et son assurance .Thèse Paris, I, 1978.

07- Lucheux (J.M): Les garanties de l'acquèreure dans les ventes d'immeubles à construire, Thèse Paris.1968.

08- Liet – Veaux : Le droit de la construction, 7 éd, Paris.1982.
09- Saint – Mourice (B) : La responsabilité des architectes et entrepreneurs après les travaux. Thèse Grenoble, 1940.
10 - SOINE (B) : La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux. Deux T.Paris .1969
11 - Peter (P) : La responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs, 02 éd, paris, 1969.
12- Pigot : La réforme de l'assurance construction, éd L'arhus, Paris, 1980.
13-Roussel (A) et Collaborateurs :" Responsabilité et assurances des constructeurs ". Guide pratique et théorique. Paris, 1978.

(C) Articles:

01-Boubli (B):

- Le point de la jurisprudence sur la responsabilité des architectes et des entrepreneurs. J.C.P .1975 -1- doct-2721 .
-" contrat d'entreprise"Ency.D.Rép. de dr.civil.I. III ,2 edi.1981. et mise à jour 1981-1982. 1982.

02-Brideau (L) : Le rôle de l'expert dans le cadre de la responsabilité des constructeurs, A.J.P.I. Sept.1979.
03- Costa (Jean – Louis) : La responsabilité des constructeurs d'après la loi du 04/01/1978 .D.S, 1979, p 35 et s.
04- Delmas (PH) : "Le contrôle technique " (Analyse de la loi du 04/01/1978 et des textes d'application), R.T.D.I.1979, p 129 et s.

05-Gabold (chr) : La responsabilité décennale en droit public , J.C.P 1968-1-2191 .

06- Groslière (J.C.I) : " La réforme de la responsabilité en matière de la construction " .R.dr. et v. 1979 .p 07 et s.

07- Jean Dufau: La responsabilité des constructeurs, J.C. ad, Fasc. 86006,02/ 2005.

08- Jestaz (ph) : Droit de la promotion immobilière, précis dall, 5 éd, 1990.

09-Karila : "Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage ", D.1990, chro XLI, p 307et s.

10 - Le clacher – Baron : " La garantie décennal des constructeurs dans la jurisprudence récent du conseil d'état et de la cour de cassation" .Cahier juridique d'électricité et gaz de France .1970, p27 et s.

11-Liet – Veaux :

- " Responsabilité de droit commun des architectes ".J.C.Respon civ, Fasc.355-1, 11-1984.
- " Responsabilité décennale et biennale" .J.C.Respon civ .355-4-2, 5-1988.
- " Responsabilité de droit commun de entrepreneurs".J.C .Respon civ.Fasc .355-2, 5-1989.
- " Responsabilité décennal et biennal ". J.C. Respon civ. 355-4-1, 5-1990.

12- Lombois(C.I): "Responsabilité et assurance de la construction " G.P.1980, 1,p 322 et s.

13- Moderne (F) : "Le nouveau régime de la responsabilité décennal ", M. T. P et bât, Juillet 1978.

(D)Les lois :

01- le code civil français modifiés par la loi n 67-3 du 03 janvier 1967, et la loi n.78-12 du 04 janvier 1978.

02- décret n.67-1166 du 22 décembre 1967 portant application de la loi n.67-3 du 03 janvier 1967 , modifier par la loi n .67-547 du 07 juillet 1967 , relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction .

03- loi n.78-12 du 04 janvier 1978 reletive à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

04- décret n .78-1093 du 17 novembre 1978 ; fixant les modalités d'application du titre III de la loi précitée.

05- décret n.78-1146 du 07 décembre 1978 concernant l'agrément des contrôleurs technique et le contrôle technique obligatoire prévus aux articles L.111-25 et L.111-26 du code de la construction et de l'habitation, tels qu'ils résultent de la loi n .78-12 du 04 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

(E) : note de jurisprudence:

Jestaz :

-Cass.Civ 23/03/1968 D 1970-663

Labin :

-Grenoble 11/01/1961 D .1961
-Cass. Civ 13/11/1967 .Bult .1967-1.

Larrroumet (ch) :
- Cass. Civ. 29/11/1978 D.1979-i-r-236
-Cass.Civ 12/10/1978 D 1979-i-r-563.

Liet – veaux (G) :
- C.E 16/10/1966 J.C.P 1966-214594.
- 07/04/1967 J.C.p 1967-2-15103.
- Cass.Civ 13/11/1967 D.1978.
-Cass.Civ 03/01/1969 J.C.P 1969-2-15863.
- Cass.Civ 13/01/1969 J.C.P 1969-2-15937.
-Cass.Civ 31/01/1969 J.C.P 1969-2-15937.
- C.E 05/3/1969 J.C.P 1969-2-1586.
- Cass.Civ 07/05/1971 J.C.P.1972-2-16992.
- Cass.Civ .03/11/1983 G.p 2984-2-577.

Liorens-terneyre :
-C.E 23/03/1990 R.D.imm 1994.

Mazeaud(J) :
- Cass.Civ 01/07/1973 D 1974-J-233.
- Cass.Civ 22/04/1976 D.S 1977, chro III.

(F) Notes Anonymes S :

- Cass.Civ 04/06/1951 .Bult .1951.
- Alger .17/10/1958.D.1959-1-39.
- Cass.Civ .05/01/1960. G.P .1960-1-189.
- Cass.Civ .09/03/1964 .Bult . Civ. 1964-1.
- Cass.Civ 17/05/1965.Bult.civ.1965.
- Cass.Civ 31/01/1966 J.C.P 1966-2-14659.
- Cass.Civ 20/06/1966.Bult .civ .1966.
- Cass.Civ.12/02/1967. D.1967-01.
- Cass.Civ .13/04/1967 .J.C.P.1967-4.
- Cass.Civ 21/06/1967 Bult .civ 1967.
-C.E .17/03/1967.G.P.1967-2-105.
- Cass.Civ 13/11/1967. D .1978.
- Cass.Civ.28/11/1967 .D.1968-163.
- Cass.Civ .23/03/1968.Bult.Civ 1968-3.
- Cass.Civ 14/06/1968. Bult 1968.
- Cass.Civ .08/07/1968.Bult.Civ.1968
- Cass.Civ 28/02/1969.Bult .Civ 1969.
- Cass.Civ .11/03/1970.Bult .Civ 1970.
- Cass.Civ 18/03/1970 Bult .civ 1970.
- Cass.Civ 06/11/1970. Bult .civ.1970-3-635.
- Cass.Civ 26/11/1970 Bult 1970-3-635.
- Cass.Civ .03/11/1971.Bult 1971-3-535.
- Cass.Civ 21/11/1972 .Bult .Civ .1972.
- C.E 17/01/1973.Rec.C.E.1973.
- Cass.Civ .07/04/1973.D.1974.
- Cass.Civ 04/07/1973.D.1979-i-r-317.
- Cass.Civ 01/12/1974.Bult .Civ.1974

- Cass.Civ .07/01/1975 Bult 1975-3-307.
- Cass.Civ .17/03/1975 .Bult. Civ. 1975-3.
- Cass.Civ .22/04/1975 . J.C.P.1975-2-16434.
- Cass.Civ 27/10/1975 Bult 1975-3-307.
- Cass.Civ .05/04/1978 Bult
- Cass.Civ .14/06/1978 J.C.P 1978-4.
- Cass.Civ 08/06/1978 .Bult .civ.1978-3-241
- Cass.Civ 29/11/1978.J.C.P 1979-4.
- Cass.Civ 21/02/1979.D.1979-i-r-317.
- Cass.Civ 13/06/1979.D.1979-i-r-499.
-Rouen.23/04/1980.G.P.1981-1-som-150.
- Cass.Civ 03/02/1981.G.P 1981-1-som-150.
- Cass.Civ .25/02/1981.Bult .civ.1981.
- Cass.Civ 13/01/1982.D 1982-i-r-209.
- Cass.Civ 08/12/1981.J.C.P 82 éd G.IV.83.
- C.E 17/01/1983 R.D.Pub 1983.
-C.E 02/02/1983.R.D.pub.1983.
-C.E 11/03/1983.R.D.pub.1983.
- C.E 11/02/1984.Rec.C.E 1984..
- C.E 16/03/1984.R.D.pub.1986.
- C.E 04/05/1984. Rec.C.E 1984.
- C.E 06/06/1984.Rec C.E 1984.
- Cass.Civ 14/05/1985.D.S.1985.
- C.E 21/02/1986 R.D pub 1986.
- C.E 31/01/1990.R.D.pub.1991.
- C.E 25/04/1990.R.D.pub.1991.
- C.E 21/05/1990.R.D.imm 1991.

فهرس البحث

33

147

ص 124 البحث عن القانون 04-05

138